

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الحاج لخضر- باتنة-
كلية الحقوق
قسم العلوم القانونية

الشكلية الرسمية
في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة
على ضوء التشريع و القضاء الجزائري

مذكرة

مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري

إشراف الدكتور:

زرارة صالحى الواسعة

إعداد الطالبة:

عثامنة وهيبية

لجنة المناقشة

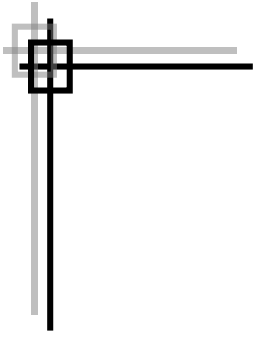
- | | | |
|---------------|------------------------------------|---------------------------------|
| رئيسا | أستاذ التعليم العالي جامعة قسنطينة | 1- الأستاذ الدكتور راشد راشد |
| مشرفا و مقررا | أستاذة محاضرة جامعة باتنة | 2- الدكتورة زرارة صالحى الواسعة |
| عضوا | أستاذ محاضر جامعة باتنة | 3- الدكتور قريشي علي |
| عضوا | أستاذة محاضرة جامعة باتنة | 4- الدكتورة رحاب شادية |

السنة الجامعية 2009/2008

شكر

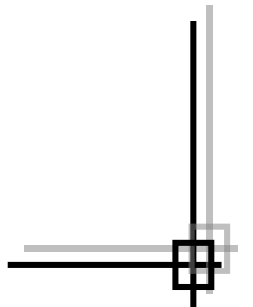
بعد شكر الله عز و جل و من بعده والدي الكريمين.أتوجه
بشكري، الخالص للدكتورة زرارة صالح الواسعة التي شرفتني
بالعمل تحت توجيهاتها، و لكل أساتذتي و بالأخص الأستاذ
الدكتور زرقين رمضان.

كما أتوجه بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة الأستاذ
الدكتور راشد راشد، الدكتور قريشي علي و الدكتورة رحاب
شادية ، دون أن أنسى كل من ساعدني في إنجاز هذه
الدراسة.



مقدمة

مقدمة



مقدمة

من أجل معالجة الفراغ القانوني الذي تركه الاتحاد تلال في مجال إثبات الملكية العقارية، وضبط الوعاء العقاري وحصر أنواع الملكية التي يتخذ منها وكذا إرساء سياسة عقارية بديلة عن تلك الموروثة عن الاتحاد تلال. تدخل المشروع الجزائي بعد الاسد تقال لتتنظيم الملكية العقارية الخاصة وذلك بعدة نصوص قانونية ترمي إلى تسخير وحماية ما بقي شاعرا منها جراء رحيل الفرنسيين ومنع المضاربة فيه، وضمان تحقيق النتائج المرجوة من القوانين التي سنها قصد تحقيق أهداف أيديولوجية معينة تمثلت أساسا في تقليص الملكية العقارية الخاصة لحساب ملكية الدولة. فأصدر لهذا الغرض عدة قوانين تقيد من حرية التعامل في العقار الخاص كما أن أهمها الأمر 76/74 الم و ر خ في 1971/02/20 المتخذ من تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، مما دفع بالمواطن الجزائري إلى الهروب من أحكام هذه القوانين أثناء تعامله في عقاراته الخاصة عن طريق إبرام معاملاته عرفا ليعض من عدم خضوعها لرقابة الدولة، وهذا بالإضافة إلى أن الاتحاد تلال الفرنسي قد دخل وراءه جزاءا كبيرا من الملكية العقارية الخاصة لا يملك أحد حابها سندات مثبتة لملكيته لها وهو ما دفعهم إلى التعامل فيها بصورة عرفية مما تسبب في انتشار ظاهرة البناء الفوضوي التي أثرت سلبا على جمال المدن الجزائرية.

ولأجل وضع حد لهذا الوضع تدخل المشروع بفرص الشكلية الرسمية في جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 الم و ر خ في 1970/12/15 المتخذ من قانون التوثيق، وقد جاء هذا الأمر متناقضا مع الواقع فلم يجد له مجالا للتطبيق بحيث استمر المواطن الجزائري في إبرام معاملاته العقارية عرفا، وأمام هذا الوضع كان القضاء حين فصله في صحة المعاملات العقارية العرفية مترددا بين تطبيق القانون ومسيرة الواقع الاجتماعي، فأعطى للشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق السابق الإشارة إليه نفس يرات مختلفة، كاعتباره أشكلية انعقاد، شكلية إثبات، شكلية مقررة لتحصيل

مسد تحقات الخزينة وكذا شكلية مقررة لنقل الملكية، وقد استمر الوضع كذلك إلى غاية حسم موقفه بقرار صادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 مل ف رقم 136156، اعتبر هذه الشكلية مقررة للانعقاد يترتب على تخلفها بطلان التصرف بطلانا مطلقا.

1- أهمية الموضوع

لموضوع دراساتي أهمية بالغة لكونها تعالج إشكالا قانونيا يطرح يوميا أمام القضاء وفي نفس الوقت له بعد اجتماعي لتعلقه بأوضاع وحقوق استقرت لفترات زمنية طويلة كما أنه يمس بمسقبل الاقتصاد الوطني الذي يتوقف نموّه على تسوية الوضعية القانونية للعقار.

2- أسباب اختيار الموضوع

لقد اخترت هذا الموضوع للدراسة لتوافقه مع ميولي للبحث في المجالات التي لها علاقة بالمنازعات القضائية، وكذا لما للإلمام به من أهمية بالغة لكون الإشكالية المطروحة فيه لا تزال السبب الرئيسي في ما يسمى بأزمة العقار الخاص في الجزائر، وهو ما دفعني إلى دراستها بغرض المساهمة في إيجاد الحلول الممكنة لها.

3- أهداف الدراسة

تهدف دراستي إلى تحليل موقف التشريع والقضاء الجزائريين بالنسبة لمسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة بصفة عامة واشتراط الرسمية في المعاملات العقارية بصفة خاصة، بغرض المساهمة في حل ما يعتري رجال القانون من إشكالات حول مدى حجية السند المدّج به في إثبات الملكية العقارية الخاصة بالنظر إلى نوع السند والقانون الساري المفعول عند تاريخ إصداره و

معرفة التكييف القانوني للدعوى وهل تقتضي فعلا إلزام المالك بعبء إثبات ملكيته أم لا؟ وإذا كان الأمر كذلك ما نوع الدليل اللازم لأجل ذلك وهل يجب أن يكون بالضرورة سنداً رسمياً؟ أو بصيغة أخرى متى تكون الكتابة الرسمية هي الدليل الوحيد المقبول لإثبات الملكية العقارية الخاصة؟

4- إشكالية الموضوع

من خلال دراسة تيسر أحاول معالجة إشكالية دور الرسمية في التصرفات الواردة على العقار الخاص من جميع جوانبها المعرفية موقف المشرع والقضاء الجزائي ريبين منها، محاولة الإجابة على الأسئلة التالية: ما هو التكييف القانوني للشكالية الرسمية المقررة بموجب المادة 12 من قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني؟

وإذا كان المشرع والقضاء الجزائي قد حسم ما موقفهم من هذا الإشكال فما مدى فعالية موقفهم في معالجة واقع الملكية العقارية الخاصة في الجزائر؟ وهل يجب على المشرع التغيير من موقفه والعودة إلى الأصل المتمثل في إطلاق حرية إرادة الأفراد في إبرام معاملاتهم العقارية وإثباتها، مراعاة للواقع الاجتماعي، خاصة أن الأسس باب التاريخية التي استدعت منه لنص وصتقيده حرية التعامل والإثبات في الملكية العقارية الخاصة لم تعد قائمة؟

5- الدراسات السابقة

عن الدراسات السابقة فإنني لم أتمكن من الاطلاع على دراسة متخصصة تتعلق بنفس الموضوع مع ما دام ذكره ماجستير، أنجزت من طرف زروق قور، بعدوان "الوظيفة التوثيقية حسب الأمر 91/70 الم و ر خ في 15/12/1970"، جامعة الجزائر، سنة 1977. ومذكره ماجستير من إعداد ومعة رشيد تحت

عذوان " الشكليات الرسومية في العقود المدنية "، جامعة باتنة السدنة الجامعية
2003/2004، إلا أن المذكرتين لم تتطرقا للإشكالية المطروحة في هذه الدراسة.

6- المناهج المتبعة

حاولت توظيف عدة مناهج علمية قصد إعطاء دراسة تاريخية، كالمناهج التاريخية
التي استعنت به لشرح التطور الزمني لتنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع
الجزائري في الفصل التمهيدي من الدراسة ثم في الفصل الثاني منها لانتدع تطوّر
موقف المشرع والقضاء بالنسبة لدور الشكليات الرسمية في المعاملات العقارية.

وكذلك قمت بتوظيف المنهج الاستنباطي في الفصلين التمهيديين الأول من
المذكورة عند تدقيق بعض المفاهيم القانونية بحيث اعتمدت لتحديد هاتين
مفهوم الكل للوصول إلى الجزء، ومثال ذلك دراسة الملكية بوجه عام للوصول إلى
مفهوم الملكية العقارية الخاصة ودعوى استحقاق الملكية بصفة عامة لتحديد مفهوم
دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة، وكذلك دراسة الإثبات في دعوى
الاستحقاق بوجه عام للوصول إلى قواعد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية
العقارية الخاصة.

وإضافة إلى المنهجين المذكورين أعلاه استعنت بالمنهج الاستقرائي
بمناسبة تحليل النص وص القانوني والقراءات القضائية ومن أمثلة ذلك تحليل
نصوص قانون التوجيه العقاري للوصول إلى تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة
في الفصل التمهيدي وإلى معرفة الطرق التي نظم بها المشرع مسألة الإثبات في
دعوى استحقاقها وحصر السندات المثبتة لها في الفصل الأول، وقمت في الفصل
الأخير بتوظيف نفس المنهج لتحليل جملة من النصوص القانونية والقراءات
القضائية لمعرفة موقف المشرع والقضاء من إشكالية دور الشكليات الرسومية في
التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة.

كما استعنت أيضا بالمنهج المقارن في الفصل الأول من البحث عند مقارنة دعوى استحقاق الملكية العقارية بنظيرتها المتعلقة بالملكية المنقولة عن طريق إبراز مواضع الاتفاق والاختلاف بين الدعويين.

7- الصعوبات المعترضة

وقد واجهت أثناء إعداد هذه الدراسة صعوبات جمّة أهمها قلة المراجع المتخصصة في القانون العقاري الجزائري والتي وإن وجدت لم تتطرق لموضوع دراستي تفصيلا، كما أنها في مجملها لم تصدر عن مختصين في البحث العلمي إذ أنها موجهة بالأساس لمسألة إعداد رجال القانون في أداء مهمتهم العملية، إضافة إلى أن طبيعة الدراسة التي ارتبطت بموقف القضاء والتشريعات الجزائية بين اقتضت جمع النصوص القانونية والقراءات القضائية المتعلقة بالموضوع وهو أمر على درجة كبيرة من الصعوبة.

وقد اتبعت لإعداد هذه الدراسة خطة ثنائية تتكون من فصلين مسبقين بفصل تمهيدي يتخذ من الإطار المفاهيمي والتاريخي للموضوع حيث تمت بتقسيمه إلى مبحثين الأول خاص بتحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة باعتبار أن الدراسة لا تتعلق بالشيء كالمادة 12 من قانون التوثيق ككل بل تقتصر على ما يتعلق منها بالتصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة

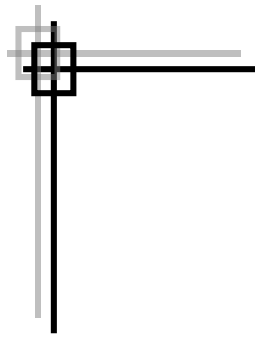
وقد خصصت المبحث الثاني من الفصل التمهيدي لدراسة التطور التاريخي لسياسة المشرع الجزائري في تنظيم الملكية العقارية الخاصة.

ولأن إشكالية دور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة لا تطرح إلا بمناسبة نزاع قضائي يتعلق بإثباتها، فقد خصصت الفصل الأول من البحث للتطرق لمسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة وطالما أن هذه الأخيرة لا تطرح في جميع الدعاوى التي تحمي حق الملكية بل تطرح فقط في دعوى

الاسد تحقق فقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين الأول يتعلق بالحماية القضائية لحق الملكية، والثاني خصصته لدراسة الإثبات في دعوى اسد تحقق الملكية العقارية الخاصة.

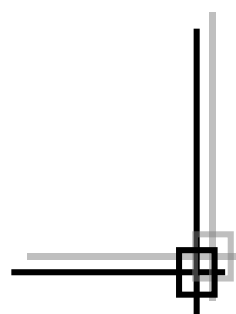
وبعد تدقيق الإطمار النظري للموضوع في الفصل الأول، خصصت الفصل الثاني لتقديم الإطمار التطبيقي له، من خلال دراسة تطوّر موقف المشرع وكذا القضاء الجزائريين من مسألة الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة وذلك في مبحثين، الأول تطرقت فيه لتطوّر التشريع المتعلق بهذه المسألة والثاني لتطبيقات القضاء بشأنها

وأنهت الدراسة بخاتمة ضدمنتها النتائج المتوصل إليها ثم ما تراءى لي بعد الدراسة من توصيات



الفصل التمهيدي

تنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري



الفصل التمهيدي: تنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

اتبع المشروع الجزائري سياسة معينة في تنظيم الملكية العقارية الخاصة وإرساء نظام قانوني خاص بها. وقد كان أهم ما يميز به هذا النظام هو تقييد حرية الأفراد في التعامل في هذا الصنف من أصناف الملكية بفرض إخراج التصرفات الناقلة لها في شكل رسمي وذلك تحت طائلة البطلان المطلق

وقد اخترت تمهيدا لدراستي هذه أن أترك للنظام القانوني للملكية العقارية الخاصة وذلك في مبحثين الأول خصصته لضبط مفهوم هذا الصنف من أصناف حق الملكية والثاني لإعطاء لمحة تاريخية عن تنظيم المشرع لها.

المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة

تتعدد أصناف حق الملكية بالنظر إلى المعيار الذي بني عليه تصنيفها هذا الحق، فإذا نظرنا إلى صفة المالك قسمنا الملكية إلى عامة وخاصة، وبالنظر إلى مدلول الحق ذاته فإن الملكية قد تكون عقارية أو منقولة، واعتمادا على توزيع السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه فالملكية إما كاملة يجمع فيها المالك جميع السلطات المترتبة عن هذا الحق بين يديه، وإما مجزئة يتقاسم فيها مالك الرقبة هذه السلطات مع غيره، ومنه فإن الملكية العقارية الخاصة هي صنف من أصناف حق الملكية يمكن تمييزه عن غيره من الأصناف، من خلال محله و صفة مالكه، لذا فإن تحديد مفهوم لها يقتضي أولا إعطاء مفهوم لحق الملكية بوجه عام.

المطلب الأول: الملكية بوجه عام

اهتم الفقه والتشريعات المقارنة بتعريف حق الملكية وسألتطرق فيما يلي لتعريف هذا الحق وللعناصر المكونة له، ثم لخصائصه التي تجعل منه أسما الحقوق العينية على الإطلاق.

الفرع الأول: تعريف حق الملكية

تمكنت من الإطلاع على جملة من التعاريف القانونية والفقهية لحق الملكية، سأحاول ذكر البعض منها والتي من خلالها يمكن استنتاج العناصر المكونة له هذا الحق.

أولاً: التعريف القانوني

عرفت المادة 674 من القانون المدني الجزائري حق الملكية كما يلي " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بغير قيد أن لا تتدخل أعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة". والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف حق الملكية عن طريق ذكر السلطات التي يخولها للمالك مع حصتها في التمتع والتصرف دون سلطة الاستعمال كما أنه بين موقفه صراحة من مسألة إطلاق حق الملكية عند مبادئ ممارسة الحق فيها باحترام القوانين والأنظمة. على خلاف المشرع المصري الذي لم يعرف حق الملكية بل اكتفى بالنص في المادة 802 من القانون المدني على أن لمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه¹، بينما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 544 من القانون المدني² كما يلي " حق الملكية هو حق التمتع بالشيء والتصرف فيه على نحو مطلق شريطة ألا يكون هذا الاستعمال محرمًا بنص القوانين أو الأنظمة"³.

والمشرع الفرنسي أيضاً عرف حق الملكية بوصفها سلطة المالك وخاصة الإطلاق التي يتميز بها هذا الحق التي قيدها باحترام القوانين والأنظمة.

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة طبع، ص10.

² Encyclopédie juridique numérique, Code civil français, Dalloz, Paris, 1999.

³ - " La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

ثانياً: التعريف الفقهي

عرف الفقه حق الملكية بأنه " الحق الذي يمنح صاحبه سلطة على الشيء تمكنه وحده من استعماله و استغلاله و التصرف فيه في حدود القانون " ¹.

كما عرف بأنه " ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء و يدخل لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال و التصرف في هذا الشيء و ذلك في حدود القانون " ².

و كذلك عرف بأنه " حق استئثار المالك بسلطة استعمال الشيء الذي يرد عليه و التصرف فيه في حدود القانون " ³.

و في تعريف آخر ورد أن " حق الملكية هو أهم الحقوق العينية و أوسعها نطاقاً لأنه يدخل صاحبه سلطة كاملة على الشيء أما غيره من الحقوق فلا يدخل لصاحبه إلا بعض هذه السلطات " ⁴.

و في تعليق لزهدي يكن على مجمل التعاريف الفقهية لحق الملكية ذكر أنها قد انتقدت من حيث كونها لا تقف على حقيقة هذا الحق إنما ركزت على وصفه أو على تبيان خصائصه ⁵، إلا أن هذا من الفقهاء من عرف حق الملكية بعيداً عن وصف السلطات التي يخولها للمالك بالقول بأنه " الحق الذي بمقتضاه يكون الشيء خاضعاً بطريقة استثنائية و دائمة لفعل و إرادة شخص معين " ⁶.

¹- محمد دحس نين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشد خاص و الأم و ال و الإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص 24.

²- رمض أن أب و السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية " أحكامها و مصادرها "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 22.

³- محمد دحس بن منصور، الحقوق العينية الأصلية " الملكية و الحق و المتفرعة عنها "، أسد باب الملكية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 15.

⁴- عبدالمعظم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 16.

⁵- زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية العير منقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون بلد، بدون سنة طبع، ص 209.

⁶- عبد الهادي فوزي العوضى، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 70.

و يختلف حق الملكية عن حق التملك الف ردي، فالأول هو الحق في أن يضيف الشخص إلى نفسه مالا، فإذا امتلك هذا المال أصبح مالكاً، أي له حق الملكية على ماله، فحق التملك إذا من الحقوق أو الحريات العامة بينما حق الملكية هو حق من الحقوق الخاصة، وحق الفرد في التملك يسفر عن الملكية الفردية وهي الملكية الخاصة.¹

و هذاك من يرى أن حق الملكية وإن كان أساساً حقيقياً يعطى للمالك سلطات على الشيء الذي يعود له فهو يتضمن بعداً لعللاقة مباشرة بين المالك والشيء المملوك له يمكن أن يكون نموذجاً لحق من حقوق الشخصية.²

الفرع الثاني: عناصر حق الملكية

حق الملكية يذول لصداحه سلطات على الشيء المملوك له تشكل عناصر لهذا الحق وتجعله أسماً للحقوق العينية، إذ للمالك أن يمارس على الشيء المملوك له سلطات الاستعمال، الانتفاع والتصرف، وقد اختلف الفقهاء في مسألة التمييز بين هذه السلطات الثلاث لتداخل معانيها، ويرى Alain Seriaux أن ساروياً بأنه يمكن القول أن الكلمتين **jouir, jouissance** و **disposer, disposition** يمكن اعتبارهما مترادفتين لكلمتي **التصرف، التصرف** و **الاستعمال (ou le droit d'user, l'usus)** و **حق التمتع (fructus ou le droit de jouir)** و **حق التصرف (l'abusus ou le droit de disposer)**، وقد استوحى هذا التقسيم من تدرج المذاهب التي يمكن

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 06.

² - Alain Seriaux, Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Propriété, Dalloz, Paris, Avril 2007, P 7.

أخذها من حق الملكية، بدءا من تلك التي تنتج من مجرد استعمال الشيء المملوك إلى تلك التي تنتج عن استغلاله، إلى ما ينتج عن بيعه، هبته أو حتى تركه.¹

أولاً: سلطة الاستعمال

الاستعمال هو الإفادة من الشيء مباشرة ودون وساطة أحد بما يتفق مع طبيعته.²

ثانياً: سلطة الاستغلال

الاستغلال هو الحصول على غلة الشيء نتيجة استعماله، كزراعة المالك أرضه فيجني محاصيلها أو تاجيره لها فيحصل على أجرتهما فالاستغلال قد يكون مباشراً يجني فيه المالك غلة الشيء نتيجة استعماله بنفسه دون غيره، وقد يكون غير مباشر يجني فيه المالك غلة الشيء عن طريق سماحه لغيره باستعماله في مقابل أجر.³

ثالثاً: سلطة التصرف

التصرف في الشيء القانون نوعان تصرف مادي باستهلاك الشيء أو إهلاكه، وتصرف قانوني، وهو بمعناه الواسع اتجاه إرادة المالك إلى إحداث أثر قانوني، إما بعمل من أعمال التصرف، كإنشاء حق عيني عليه كالرهن أو البيع أو بعمل من أعمال إدارته كالإيجار أو القيام بعمل من أعمال الحفظ كدعوى عدم نفاذ التصرف، ويرى أغلب الفقهاء أن المقصد بالتصرف كعند من

¹ - Alain Seriaux, Op.Cit., P 08.

² - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 25.

³ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 14.

عناصر حقوق الملكية هو معدناه الضيق أي القيود المعمول من أعمال التصرف أما أعمال الإدارة فتلحق بسلطتي الاستعمال والاستغلال.¹

الفرع الثالث: خصائص حق الملكية

لخص فقهاء القانون خصائص حق الملكية في كونه حقا جامعاً مانعاً، دائماً، وفي كونه أصبح مقيد بوظيفة اجتماعية.

أولاً: الملكية حق جامع مانع

فهو جامع مانع بمعنى أنه يعطي لصاحبه كل المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء المملوك، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويترتب على ذلك أن الأصل في هذه السلطات أنها للمالك فإذا ادعى غيره شيئاً منها كان عليه عبء إثبات ذلك كما أن سلطتي الاستعمال والاستغلال إذا نقلهما المالك إلى غيره فلا يكون ذلك إلا أمراً عارضاً مؤقتاً تعود بعده إليه، غير أنه يلاحظ أن جمع حق الملكية كل السلطات على الشيء المملوك مسألة نسبية قد تتقيد بنص أو اتفاق.²

وقد أثار قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك في قراره الشهير الصادر بتاريخ 1834/02/13،³ الذي جاء فيه أن "المواد 544، 546، 552، من القانون المدني الفرنسي، لها طابع تصريحي تماشياً مع طبيعة ومعارف آثار

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 15، 16.

² - نفس المرجع، ص 30.

³ - " les articles 544, 546 et 552 c. civ. sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles, ni autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible."

حق الملكية غير أنها ليست نص وص مائة فلا ه ذه الم واد و لا أي قانون آخر
يمكن أن يقص ي مختلف التغييرات أو عمليات التجزئة التي قد يكون حق الملكية
محلها".¹

و معنى أن حق الملكية حق مانع أن المال ك لا يشد اركه في حقه شخص
غيره إلا برضاه.²

ثانيا: الملكية حق دائم

و يقصد ب دوام حق الملكية أنه يبقى ما بقي الشيء الذي يرد عليه وأنه لا
يسقط بعدم استعماله، وأنه لا يقبل التوقيت.

و معنى أن حق الملكية يبقى ما بقي الشيء المملوك أنه إذا نشأ حق الملكية
على شيء فلا ينقضي إلا بهلاك الشيء ولو تغير مالكه.

أما كونه لا يسقط بعدم الاستعمال فهو يعزى أن المالك لا تزول ملكيته إذا لم
يسد تعمل ملكه، فلا يرد التقادم المسقط على حق الملكية خلافا لساائر الحقوق و
بالتالي لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم لأنها مبدء وى تحمي حق الملكية ولا
يتصور تقادم الدعوى بدق لا يرد عليه التقادم المسقط وكذا الأمر بالنسبة لدعوى
المطالبة بقيمة الشيء المغتصب إذا تعذر استرداده عينا³، وفي هذا الصدد يمكن
الإشارة إلى القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ
1905/07/12⁴، الذي جاء فيه أن ".... طالما أن الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال

¹ - Henri Capitan, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, Paris, 10^{ème} édition, 1994, p 265.

² - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 31.

³ - نفس المرجع، ص 31، 32، 33.

⁴ - "....la propriété ne se perdant pas par le non-usage, l'action en revendication peut être exercée aussi longtemps que le défendeur ne justifie être lui même devenu propriétaire de l'immeuble revendiqué par le résultat d'une possession contraire, réunissant tous les caractères exigés de la prescription acquisitive"

فإن الحق في رفع دعوى الاس تحقاق يبقى قائم الى أن يثبت المدعى عليه أنه أصح مالك للعقار المطالب به له عن طريق الحيازة المتوافرة على كل شروط التقادم المكسب"¹.

كما حكم القضاء المصري بأن "دعوى الاس تحقاق التي يرفعها المالك لاس ترداد ملكه من غاصد به لاس قط بالتقادم لأن حق الملكية لا يسقط بمرور الاس تعامل، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حال تعذر التنفيذ عيذا وبالتالى لاس قط بالتقادم أيضا دعوى المطالبة بقيمة العقار وإن كان الغاصب يسقط أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب"².

و أما عن كون حق الملكية حق لا يقبل التوقيف فهو ذا معنى أنه لا ينقض بوقت معين وبالتالى يختلف عن حق الانتفاع وحق الاس تعامل وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق وهي حقوق تنقضي بانقضاء أجلها بخلاف حق الملكية.

و اعتبار حق الملكية حقا دائما أمر يتفق مع ما يراه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الملك لا يتقيد بالزمان، ولا ينتهي بانتقاله للغير بتصرف ناقل للملكية أو بالميراث أو بهلاك العين المملوكة والتالى لا ينتهي بعدم استعماله.³

ثالثا: الملكية حق غير مطلق

ذهب أنصار المذهب الفردي إلى أن حق الملكية حق مطلق لذا اعتبر التقنين المدني الفرنسي ثم المصري القديم أن الأصل فيه الإطلاق وأن تقيد هذه استثناء لا يجوز التوسع فيه، ومعنى هذا الإطلاق أن يكون للمالك أن يباشر سلطاته من

¹ - Henri Capitan, Op.Cit., P 272.

² - نقض 1977/03/28، مجموعة الأحكام س 28 ص 819، منقول عن عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 33.

³ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 33، 36.

اسد تعامل، اسد تغلال و تصد رف على النذ و الذي يراه مناسباً دون أن يسأل عن أي ضرر يصيب الغير جراء اسد تعامله لاحقاً، في حين يرى أنصار المذاهب الاجتماعية أن حق الملكية قد قل له وظيفة اجتماعية فهو يتقرب للمصلحة الفردية ومصالح الجماعة وهو ما أخذ به المشرع المصري الحالي.¹

و بالنسبة الشريعة الإسلامية فقد أجمع الفقهاء على أن المال لله عز وجل الذي كلف الإنسان أن يعمارة الأرض وأن ملك أي إنسان فيه حق لله وحق لغيره، والملكية الخاصة طبقاً للشريعة الإسلامية، محترمة مقدسة ومحمية بنصوص الشريعة ولكنها مقيدة بما لا يضر بالمصالح العامة ولا يعيق الآخرين في اسد تعامل حقوقهم.²

أما المشرع الجزائري، فقد قضى بموجب المادة 677 من القانون المدني بأن حق الملكية هو حق التمتع والتصرف في الأشياء شريطة أن يتم ذلك مع مراعاة ما تنص عليه الأنظمة والقوانين، وبذلك أعليه خصص القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول المتعلق بحق الملكية من الكتاب الثالث من القانون المدني للقيود الواردة على حق الملكية، وقضى في المادة 690 بأن حرية المالك في اسد تعامل حقه مقيدة بما ينص عليه القانون من قيود قد تقتضيها المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة.

و تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة أكد المشرع على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية عندما قضى في المادة 677 من القانون المدني على إمكانية نزع جميع الملكية أو الحق في العينية العقارية أو بعضها بغرض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف. أما عن تقييد سلطات المالك بغرض الحفاظ على المصلحة الخاصة فقد جاء القانون المدني بعدة تطبيقات لذلك منها ما يتعلق بالتزامات الجوار

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 36، 37.

² - حلمد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1964، ص 07، 08.

المنصوص عليها في المادة 691، وتنظيمه لدق المور لمالك الأرض المحصورة بموجب الماد 693 وما بعده، وتقريه لالتزام المالك بوضع الدود بالمادة 703، إضافة إلى ما أورده من أحكام تتعلق بالدائط المشترك في الماد 704 وما بعده، وكذلك تلك المتعلقة بالمطلات والمذاور المنصوص عليها بالمواد 709 وما بعدها.

هذا وبالإضافة إلى ما نص عليه القانون المدني من قيود على حق الملكية نجد في التشريع الجزائري تطبيقات أخرى لنفس المبدأ، منها ما أورده القانون 25/90 الم ورخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر 26/95 الم ورخ في 26/09/1995¹ من قيود على حق الملكية العقارية الخاصة وهو ما سأشير إليه لاحقاً.

المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة بوجه خاص

سوف أتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب للتعريف الذي جاء به قانون التوجيه العقاري للملكية العقارية الخاصة ومن خلال أول تمييزها عن باقي أصناف حق الملكية بتحديد محلها وأصفة المالك فيها، وفي الفرع الثاني من هذا أتطرق للقواعد التي خصها بها قانون التوجيه العقاري.

¹ - القانون 25/90 الم ورخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، وقع فيه اسد تترك، المعدل والمتمم بالأمر 26/95 الم ورخ في 26/09/1995، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 49، 55، سنة 1990 و 55 سنة 1995.

الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة

عرفت المادة 02 من القانون 25/90 الأملاك العقارية كمالية "الأملاك العقارية في مفهومها هذا القانون هي كل الأراضي و/أو الثروات العقارية غير المبنية".

ويلاحظ على هذا التعريف بعض الغموض ذلك أن عبارة الثروات العقارية غير المبنية التي يقابلها بالفرنسية **fonds fonciers non bâtis** إنما يقصد بها الأراضي الغير مبنية، وبذلك يصبح مفهوم الأملاك العقارية في القانون 25/90 هو كل الأراضي سيديا والمبنية أو الغير مبنية، وقد صدقتها المادة 23 منه إلى أملاك وطنية، أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة، وأملاك وقفية.

وقد عرفت المادة 27 من نفس القانون الملكية العقارية الخاصة كمالية "الملكية العقارية الخاصة هي حقوق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمالها وفق طبيعتها أو غرضها".

ويؤخذ على هذا التعريف أن المشرع قد جعل من المال العقاري والحقوق العينية مدالا للملكية العقارية الخاصة، والمال مصطلح واسع يدل حسب تعريف الدكتور حامد مصطفى على كل له قيمة مادية¹ بينما قصد المشرع به الأراضي كما تدل على ذلك عبارة **fonds foncier** الواردة بالنص الفرنسي للمادة 27 السابقة الذكر، كما أن الحقوق العينية تعد حقوقا متفرعة عن حق الملكية ولا تكون محلا له فهو يرد على الأشياء لا على الحقوق.

فمدل الملكية العقارية هو العقار الذي عرفته المادة 683 من القانون المدني بأنه "كل شيء مسدق بحيزه، وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف وكل ما عدا ذلك من الأشياء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضره صاحبه في عقار

¹ - حامد مصطفى، مرجع سابق، ص 13.

يملك له رصد على خدمة ه ذا العقار أو اسد تغلاله يعتبر ر عقارا بالتخصيص¹، و عليه ف إن الملكية العقارية الخاصة ترد على العقار سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص. ويعدمالك العقار مالك الكل مايعدمن عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير، غير أن ه ذه القواعد ليست من النظام العام ويجب وز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها².

أما المالك له ذا الصنف من أصدناف حق الملكية فهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعيا أو معنويا، وفي ه ذا الصدد يقول الدكتور حامد مصطفى أنه إذا كان حق الملكية قاصدا على شخص معين كان ه ذا الحق خاصا أي ملكية خاصة أما إذا كان شائعا في المجتمع وكانت منافعه مرصودة للكافة فهو ملكية عامة³، وتكون الملكية الخاصة إما مفرزة يعود الحق فيها إلى شخص واحد وإما مشاعة بين عدة أشخاص.

الفرع الثاني: أحكام الملكية العقارية الخاصة في قانون التوجيه العقاري

نظم المشرع الجزائري الملكية العقارية وأصدنافها في الباب الأول من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، المواد من 02 إلى 47 منه، واعتبر الملكية العقارية الخاصة الصنف الثالث منها وأخصها بأحكام تدرج عن القواعد العامة المنظمة لحدق الملكية في القانون المدني. حيث قضت المادة 28 بأن اسد تغلال حدق الملكية العقارية الخاصة يجب أن يتوافق مع الفائدة العامة التي أقرها القانون، وهو قيد عام ومرن قد يحتمل عدة تأويلات تتناسب وضيقاتا مع مصطلح

¹ - أنظر المادة 683 من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر المادة 675 من القانون المدني الجزائري.

³ - حامد مصطفى، مرجع سابق، ص 39.

المنفعة العامة في حد ذاته، كما قضت المادة 29 من نفس القانون بأن إثبات الملكية العقارية الخاصة يتم بتقديم عقد رسمي مشهر.¹

و بصفة عامة يمكن تلخيص القيود التي أوردها قانون التوجيه العقاري على حق الملكية العقارية الخاصة فيما يلي:

أولاً: القيود الواردة على ملكية العقار الفلاحي

قيد القانون 25/90 التعامل في العقار الفلاحي من حيث الشكل والمضمون فنصت المادة 55 منه على أن "إبرام أية معاملة تتعلق بأراضي فلاحية يجب أن يخضع للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان المطلق" وهو نص أشد مل من المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لتعلقه بجميع المعاملات العقارية الواردة على العقار الفلاحي أيا كان نوعها.

أما من حيث الموضوع وفق نصت المادة 36 من قانون التوجيه العقاري على أن "أي تحويل لأرض فلاحية خصبة جدا أو خصبة إلى صنف الأراضي القابلة للتعمير يتم الترخيص به بموجب قانون ويحدد هذا القانون القيود التقنية والمالية التي يجب أن ترافق عملية التحويل حتما"، كما قيدت المادة 55 من نفس القانون المعاملات العقارية التي تنصب على أراضي فلاحية بشرط أن لا تلحق ضررا بقابلية الأرض للاستثمار وأن لا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية² و اعتبرت المادة 48 منه عدم استثمار الأراضي الفلاحية تعسفا في استعمال الحق نظرا لأهميتها الاقتصادية وللوظيفة الاجتماعية المنوطة به، وأن الاستثمار الفعلي المباشر أو غير المباشر يعد واجبا على كل مالك حق عينية عقارية أو حائز لها³، كما قضت نفس المادة بأن استثمار الأرض الفلاحية التزام قانوني و

¹ - أنظر المادتين، 28، 29، من القانون 25/90، مرجع سبق، و المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

² - أنظر المادتين 36 و 55 من القانون 25/90، مرجع سابق.

³ - أنظر المادتين 48 و 49 من القانون 25/90، مرجع سابق.

رتبت على عدم الوفاء به مسؤولية تقصيرية قد يصل الجزاء المترتب عنها إلى حد بيع الأرض إذا كانت خصبة أو خصبة جدا مع إعطاء الحق للدولة في الشفعة تبعا للمرتبة المحددة في المادة 759 من القانون المدني¹.

وإضافة إلى ما سبق منعت أحكام المادة 55 من قانون التوجيه العقاري تحت طائلة الإبطال المطلق تأجير الأراضي الفلاحية إيجارا فرعيا واستثنت من هذا المذع مراعي القش التي يجوز تأجيرها من الباطن ضد من أحكام المادة 505 القانون المدني².

كما قيدت المادة 35 من القانون 25/90 حق البناء في الأراضي الخصبة جدا أو الخصبة إذا كان مخصصا للاستعمال السكني بضرورة الحصول على رخصة صريحة لم وفق الأشكال والشروط التي تحددها التشريعات المتعلقة بالتعمير وحق البناء³، وقررت المادة 57 من القانون 25/90 في الشفعة للملاك المجاورين بالنسبة للأراضي الفلاحية، ويمارس هذا الحق في مرتبة تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني⁴.

ثانيا: القيود الواردة على ملكية العقار الحضري

ألزمت المادة 68 من قانون التوجيه العقاري كل مالك و/أو حائز لعقار واقع في نطاق الأراضي العمرية أو القابلة للتعمير أن يسد تعمل ويهيئ ملكه طبقا للنوعية والاستعمال الذي تحدده أدوات التهيئة والتعمير⁵، والمشروع به هذا النص يهدف إلى أحوال على التشريعات المتعلقة بالتهيئة والتعمير لتحديد الضوابط التي يلتزم بها كل

¹ - أنظر المواد 50، 51 و 52 من القانون 25/90، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 55 من القانون 25/90، مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 35 من القانون 25/90، مرجع سابق والمرسوم التنفيذي 484/97 المؤرخ في 15/12/1997 المتعلق بضبط تشكيلة الهيئات المختصة وإجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية عدد 83 سنة 1997.

⁴ - أنظر المادة 57 من القانون 25/90، مرجع سابق و 795 من القانون المدني.

⁵ - أنظر المادة 68 من القانون 25/90، مرجع سابق.

مالك أثداء اسد تعامل أو تهئية ملكه و من بينه اذ ذكر على سبيل المثال تقييد حق المالك في البناء بشروط قابلية الأرض للبناء و بضرورة الحصول على رخصة قانونية و غيره اما من القيد والمنصوص عليها بموجب القانون 29/90 الم و ر خ في 1990/12/01 المتعلق بالتهئية و التعمير¹.

كما انصت المادة 74 من القانون 25/90 على أن جميع المعاملات العقارية في مجال الأراضي العامة أو القابلة للتعمير لا تخضع لأيّة شروط غير تلك المتعلقة بأهلية الأطراف وإرادتهم وتعيين موضوع الاتفاقية المدروسة في شكل عقد دراسي طبق للتشريع المعمول به و اسد تثبت من ذلك ممارسة الدولة و الجماعات المحلية لحق الشفعة لفائدة المنفعة العامة طبقا لنص المادة 71 من نفس القانون، و من ثم يمكن قانون التوجيه العقاري قد أضاف للقيد الذي نص عليها القانون المدني بشأن التعامل في العقار قيد آخر يتمثل في تكريس حق الشفعة للدولة لصالح المنفعة العامة.

¹ - القانون 29/90 الم و ر خ في 1990/12/01 المتعلق بالتهئية و التعمير، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 52، سنة 1990.

المبحث الثاني: لمحة تاريخية عن تنظيم الملكية العقارية الخاصة في الجزائر

عرفت الجزائر منذ استقلالها عدة محاولات لإرساء سياسة عقارية بديلة عن تلك الموروثة عن الاحتلال وقد تغيرت هذه السياسات حسب المعطيات التاريخية والإيديولوجية لكل مرحلة مرت بها البلاد، ويمكن تمييز مرحلتين أساسيتين مرت بهما السياسة التشريعية العقارية في الجزائر، الأولى استمرت من الاستقلال إلى 1983 تميزت بمحاولة إيجاد حلول مبدئية لمعالجة وضعية العقار الموروثة عن الاحتلال ثم تبذرت سياسة معيّنة في تنظيم العقار تتوافق مع ما اتبعته السلطة الوطنية من أيديولوجية في تسخير البلاد آنذاك، والثانية استمرت من 1983 إلى اليوم اتسمت بتخلي المشرع عن سياسته العقارية المتبعة في الفترة السابقة ومحاولة إيجاد حلول لما خلفته من نتائج.

المطلب الأول: المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1983

في البداية أمرت السلطة الوطنية كدليل مبدئي غداة الاستقلال بتمديد سريان التشريع الفرنسي الغير متعارف مع السيادة الوطنية، ثم تدخلت لتنظيم تسخير وحماية الأملاك الشاغرة التي تركها المعمرون وتنظيم مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة وتقيد حرية التعامل فيها، وبعد تبني الأيديولوجية الاشتراكية اتجهت نحو سياسة جديدة تهدف أساسا إلى التقليل من الملكية العقارية الخاصة لحساب أملاك الدولة.

الفرع الأول: تنظيم الوعاء العقاري

بعد هجرة المعمرين الجماعية، عملت السلطة الوطنية على سن النصوص المتعلقة بتسجير أملاكهم الشاغرة وحمايتهم من المضاربة فيها، وقد ظهر التسجير الذاتي كطريقة عفوية لإدارة الأملاك الشاغرة التي تركها المعمرون وتولى هذه

العملية في شكل تلقائي عمال المزارع، ولم يكن أمام الدولة في مواجهة هذا الوضع سوى الاعتراض المؤقت به ذا النوع من التسديد¹، وذلك بمقتضى المرسوم رقم 02/62 المؤرخ في 1962/10/22².

وبالنسبة لحماية الأملاك الشاغرة من المضاربة فقد تم إصدار المرسوم رقم 03/62 المؤرخ في 1962/10/23³، الذي قد قضت مادته الأولى بمنع جميع المبادلات، البيع، الإيجارات، الإيجارات الزراعية وعقود المزارعة، المتعلقة بالأموال الشاغرة العقارية والمنقولة بأسس تنشاء تلك التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسديد المعتمدة، وعلى اعتبار كل العقود والاتفاقات المبرمة ابتداءً من 1962/07/01 في الجزائر أو خارجها خلافاً لمقتضيات هذا المرسوم وباطلة وعديمة الأثر، وقد نص المرسوم على إلزامية إعلان عقود البيع المشار إليها في مادته الأولى في البلدية في ظرف 15 يوم من تاريخ نشره تحت طائلة البطلان، وأن يعاد النظر في هذه العقود وفيما يخص الثمن أو تبطلها السجلات الولائية لأسباب تتعلق بحسن التسديد أو المضاربة أو بالنظر العام، وقد اعتبر المرسوم كل العقود المبرمة في الخارج بعد 1962/07/01 بغرض بيع أو إيجار الأموال المنقولة أو العقارية الموددة بالجزائر باطلة وأن الأملاك التي بطل بيعها تخضع للتشريع المتعلق بالأملاك الشاغرة.

بالإضافة للنصوص المقررة بغرض مراقبة مشروعية التصرفات الواردة على الأملاك الشاغرة، اتخذت السلطة الوطنية إجراءات التصريح بالشعور بموجب المرسوم رقم 88/63 المؤرخ في 1963/03/18 المتعلق بتنظيم الأملاك

¹- الجليلي عجة، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسديتها من تأميم الملك الخاص إلى خصصة الملك العام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 29.

²- Décret n°62/02, du 22/10/1962, instituant des comités de gestion dans les entreprises agricoles vacantes, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.

³- Décret n°62/03 du 23/10/1962, portant réglementation des transactions, ventes, locations, affermagés, amodiations, de biens mobiliers et immobiliers, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.

الشذاعة¹، ثم وبموجب الأمر رقم 102/66 الم و ر خ في 1966/05/06 تم نقل ملكية الأموال المنقولة و العقارية الشاذعة للدولة².

و من أجل معالجة الفراغ القانوني الذي تركه الاذلال في مجال إثبات الملكية العقارية، و بالنسبة للملكية الخاصة سعى المشرع إلى وضع حد لتعدد و تنوع النظم القانوني لها بإصداره المرسد وم 32/73 الم و ر خ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة³، ثم و من أجل التخلص من عيوب نظام الشهر الشخص في الم و ر و ث عن الاذلال أصدر المشرع الأمر ر 74/75 الم و ر خ في 1975/11/12 المتضد من إعداد مسج الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁴ ثم المرسد وم 63/76 الم و ر خ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الذي تم تعديله بموجب المرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13⁵.

كما تدخل المشرع من أجل الرقابة على المعاملات العقارية بوضع جملة من القيود على حرية إرادة الأشخاص في التصرف في عقاراتهم بموجب عدة نصوص قانونية منها، المرسد وم رقم 15/64 الم و ر خ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات المعدل بالمرسد وم 344/83 الم و ر خ في 1983/05/21⁶ الذي فرض تقديم شاهدة دم شذغور العقار المبيع و الرخصة الإدارية في حالة تجلوز قيمته

¹ - Décret n°63/88, portant réglementation des biens vacants, République algérienne, Journal officiel, Numéro 15, Année 1963.

² - الأمر 102/66 الم و ر خ في 1966/05/06 المتضد من انتقال الأملاك الشاذعة للدولة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1966.

³ - المرسد وم 32/73 الم و ر خ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 1973.

⁴ - الأمر 74/75 الم و ر خ في 1975/11/12 المتضد من إعداد مسج الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 92، سنة 1975.

⁵ - المرسد وم 63/76 الم و ر خ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وقع فيه اس تدراك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 30 و 38، سنة 1976، المعدل و الم تم بالمرسد وم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 38، سنة 1980.

⁶ - المرسد وم 15/64 الم و ر خ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 07، سنة 1964، المعدل بالمرسد وم 344/83 الم و ر خ في 1983/05/21، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.

100.00 دج، ك ذلك قانون المالية التكميلي لسنة 1965¹ الذي فرض في جميع عقود التوثيق المتعلقة بنقل حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق عيني أو قاءة تجارية أن يدفع الثمن أمام و بيد الموثق المكلف بتحرير العقد و في حال إفراغه في عقد غير رسمي أوجب لزوما دفعه به بيد مفتش التسجيل، كما أصدر المشرع الأمر 91/70 الم و ر خ في 15/12/1970 المتخذ من مهنة التوثيق² و قد أوجب المشرع بنص المادة 12 منه تحرير العقد الذي تتخذ من نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي و دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. ثم أدرج مضمون نص هذه المادة ضد من أحكام القانون المدني بموجب المادة 324 مكرر 01 منه و ذلك بمناسبة تعديل القانون 14/88 المؤرخ في 03/05/1988³.

الفرع الثاني: دولنة العقار الخاص

بعد تبني الجزائر للنهج الاشتراكي أصدر المشرع أهم أمرين مجسددين لهذه الأيديولوجية، وهما الأمر رقم م 73/71 الم و ر خ في 08/11/71 المتعلق بميثاق و قانون الثورة الزراعية⁴، و الأمر رقم م 26/74 الم و ر خ في 20/02/1971 الذي تضمن من تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات⁵. و قد كان الهدف الأساسي من إصدار هذين الأمرين هو دولنة الملكية الخاصة بمعنى التقليل من الحساب ملكية الدولة عن طريق التأميم

¹ - القانون 93/65 الم و ر خ في 08/04/1965، المتخذ من قانون المالية التكميلي لسنة 1965 الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 32، سنة 1965.

² - الأمر 91/70 الم و ر خ في 15/12/1970 المتخذ من مهنة التوثيق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 107، سنة 1970.

³ - القانون 14/88 الم و ر خ في 03/05/1988، المعدل والمتمم للأمر 58/75 الم و ر خ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 18، سنة 1988.

⁴ - الأمر 73/71 الم و ر خ في 08/11/71 المتعلق بميثاق و قانون الثورة الزراعية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 97، سنة 1971.

⁵ - الأمر 26/74 الم و ر خ في 20/02/1971 الذي تضمن من تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 19، سنة 1974.

أولاً: قانون الثورة الزراعية

أصدر المشرع الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 11/08/71 المتعلق بميثاق وقانون الثورة الزراعية التي لم تكن حسب ميثاقها مجرد عملية تأمين لبعض الأراضي وإعادة توزيعها على بعض المعتمدين، ولكنها تضع مبادئ جديدة تغير من نمط وأسلوب الاستغلال الفلاحي عبرت عنه المادة الأولى من الأمر رقم 73/71 بعبارة الأرض لمن يخدمها¹.

والدولة هي مالكة الأرض وهي تكتسب هذه الصفة من تاريخ إدماج العقار في صندوق الثورة الزراعية المنشأ بالأمر رقم 73/71 ويتم الإدماج آلياً إذا كانت الأرض الفلاحية تابعة للأمة لملك الوطني أو عن طريق التأميم لأجاء معينة من الملكيات الخاصة، أما الخادم المشار إليه في مبدأ الأرض لمن يخدمها فهو الشخص المسدغل لها عن طريق المباشرة الشخصية للعميل الفلاحي، وعليه يسقط حق الملكية عن الشخص غير المسدغل لفائدة الخادم الذي يسد تفيد من حق الانتفاع الدائم بينما تنتقل ملكية الأرض إلى الدولة فتتولد تبعية الخادم من المالك الأصلي للأرض إلى الدولة الحائز الجديد لهذا الحق بموجب إجراءات التأميم².

ثانياً: قانون الاحتياطات العقارية البلدية

في مجال العقار الحضري أصدر المشرع الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات الذي كان له أثر أكبر في مجال غلق السوق العقارية وتقييد حرية المعاملات من المرسوم رقم 15/64 المتعلق بحرية المعاملات المعدل بالمرسوم رقم 344/83 السابق الإشارة إليه.

¹ - الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 40، 41، 44.

² - نفس المرجع، ص 45.

وقد تم بموجب هذا الأمر دمج ضد من الاحتياطات العقارية التابعة للبلديات
الأراضي التالية وذلك عند دماكن داخلية ضد من المديط العمراني للبلديات،
الأراضي التابعة لأملك الدولة بما فيها الأملك التي آلت إليها بموجب الأمر
102/66 المتخذ من انتق ال أملك الشاغة إلى الدولة، الأراضي المملوكة
للجماعات المحلية، الأراضي التابعة لم زارع التسبير الذاتي، الأراضي الممنوحة
للتعاونيات الفلاحية لقم دماء المجاهدين، الأراضي الموهوبة لصد ندوق الثروة
الزراعية.

هذا ويمكن إدراج الأملك العسكركة وكذا العقارات المثقلة بقوة وق
الارتفاق العسكرية تبعاً لترتيبها ومشتملاتها ضمن الاحتياطات العقارية للبلدية.

وفيم يأخذ ص الملكية العقارية الخاصة فق دندت المادة 06 من الأمر
76/74 على أن الأراضي من كل نوع التي يملكها الأف رادو الواقعة داخل حدود
المنطقة العمرانية المددة بالمادة 02 من نفس الأمر تخص ص أساساً لسد الحاجات
العائلية لمالكيها فم يأخذ ص البناء أمماً المساحات الزائدة فتدرج ضد من الاحتياطات
العقارية، غير أن الأراضي المدتفظ بها من قبل مالكيها كاحتياجات عائلية لا يمكن
نقل ملكيتها بأي كيفية كانت إلا لصد الح البلدية المعنية بأسد تنشاء نقل الملكية عن
طريق الإرث¹.

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1983 إلى اليوم

تميزت هذه المرحلة في البداية بتوجه السد لطة ندو التخلي تدريجياً عن
سياسة دولة العقار الخاص للوصول إلى سياسة إصلاح عقاري شامل.

¹ - أنظر المادة 06 من الأمر 76/74، مرجع سلق.

الفرع الأول: التخلي عن دولنة العقار الخاص

في بداية الأمر اتجه المشرع نحو معالجة الآثار السلبية الناجمة عن تبني سياسة التأميم عن طريق إعادة هيكلة حق الملكية، ثم خصصت حق الانتفاع بالأراضي الفلاحية، وقد كان الهدف من إعادة هيكلة حق الملكية هو توسيع الوعاء العقاري للملكية الخاصة ولوعلى حسب أب ملكية الدولة، ومن هنا المنطلق تم المساس لأول مرة بأصل الحق المملوك للدولة وذلك بأسد لوبين، الأول هو اسد تغلال غطاء الاستصلاح لتبرير خصصت العقار الم دولن، والثاني اسد تغلال تقنية التقدادم المكسب لمضاعفة حدود الملكية الخاصة¹، هكذا أصدر المشرع القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية²، والمرسوم 352/83 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقدادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية³.

ويشترط القانون 18/83 لاكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح أن يتم في أرض تابعة للأمة لأك العامّة واقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة، وكذلك الأراضي الأخرى غير المخصصة التابعة للملكية العامة والممكن اسد تخدامها للفلاحة بعد الاستصلاح، واسد تبعدت المادة الثانية منه صراحة الأراضي التي أدمجت في صندوق الثروة الزراعية قبل إلغاء النص التي تحكمه، وكذا الأراضي الغائبة لأنها غير قابلة للتملك الخاص⁴.

كما ساند المشرع إجراء عقد الشهرة لإثبات التقدادم المكسب للملكية بموجب المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1983.

¹ - الجبالي عجة، مرجع سابق، ص 121.
² - القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1983.

³ - المرسوم 352/83 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقدادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.

⁴ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 129، 130.

اختصاصاته، يتضد من إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب ببناء على تصريح طالب العقد¹. غير أنه ونظرا للآثار السلبية التي نجمت عن تطبيق هذا الإجراء فقد سدن المشروع إجراء بديلا له بموجب القانون 02/07 الم ورخ في 2007/02/27 المتضد من تأسيس إجراء لمعاينة حقوق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري²، والذي صدر لأجل تطبيقه المرسوم والتنفيذ ذي رقم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19³.

وفي ظل دستور تور 1976 وتطبيق القانون 16/84 الم ورخ في 1984/06/30 المتعلق بالأحكام الوطنية⁴ أصدر المشروع القانون 19/87⁵، وذلك بمناسبة إعادة النظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة التي نظمها قانون الثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالتسليم الذاتي للمزارع، وقد ألغى القانون 19/87 هذه الأخيرة إضافة إلى المواد 858 إلى 866 من القانون المدني⁶.

ويعتبر هذا القانون في حد ذاته خطوة جريئة نحو إقرار خصوصية جزئية للقطاع الفلاحي، بحيث فصل حقوق الملكية الذي يبقى للدولة عن حقوق الانتفاع المؤبد الذي يسد تفيد منه المذتج، ورغم أنه لم ينص صراحة على إلغاء قانون الثورة الزراعية إلا أن هناك اختلافا جذريا بين منطق كل منهما⁷.

¹ - عمر حمدي باشا، مدونات شهر الحيازة " عقد الشهرة - شهادة الحيازة"، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 17.

² - القانون 02/07 الم ورخ في 2007/02/27 المتضد من تأسيس إجراء لمعاينة حقوق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 2007.

³ - المرسوم والتنفيذ ذي 147/08 الم ورخ في 2008/05/19، يتعلق بعملية التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 26، سنة 2008.

⁴ - القانون 16/84 الم ورخ في 1984/06/30 المتعلق بالأحكام الوطنية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 27، سنة 1984.

⁵ - القانون 19/87 الم ورخ في 1987/12/08 يتضد من ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأحلاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين واجباتهم، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 50، سنة 1987.

⁶ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 111.

⁷ - الجبالي عجة، مرجع سابق، ص 177، 191، 192.

الفرع الثاني: إصلاح النظام العقاري

تماشياً مع النهج الليبرالي الذي تبنته الجزائر بموجب دستور 1989 كان على المشرع أن يحدد عن أدوات قانونية ناجعة لإعانة الاعتبارات لحقوق الملكية الخاصة، والتخلص من الآثار السلبية التي أفرزتها سياسة التأميم من خلال إرجاع الأراضي لملاكها الأصليين وتنظيم وسائط إثبات الملكية العقارية الخاصة، وكذا فتح المجال أمام القطاع الخاص على أساس المنافسة الحرة وتحرير المعاملات العقارية.

ومن أجل تكريس حقوق الملكية الخاصة وحمايتها وتنظيمها، أصدر المشرع القانون رقم 25/90 المتخذ من التوجيه العقاري المعدل والمتمم، وبموجبها تم النص على إرجاع الأراضي للملاك الأصليين، كما تدخل المشرع بمجموعة من النصوص لتنظيم مسألة تسليم عقود وسندات الملكية العقارية الخاصة.

وقد نص قانون التوجيه العقاري على إلغاء قانون الثروة الزراعية وإرجاع الأراضي المؤممة التي حافظت على طابعها الفلاحي في إطار الشروط التي حددتها المادة 76 منه، وامتداد الاسترجاع إلى الأراضي الفلاحية التي وضعت تحت حماية الدولة تطبيقاً للمرسوم 168/63 المؤرخ في 09/05/1963¹ بموجب الأمر 26/95 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري، وفي إطار التعديل الأول المشرع التكيف مع الواقع والتخفيف عن الشروط التي تجلوزتها الأحداث كما حاول التكفل بالمنزعات التي أفرزها إرجاع هذه الأراضي لملاكها الأصليين ووضع ضوابط للتعويض الذي التزمت به الدولة في كل الأحوال².

¹ - Décret n°63/168, du 09/05/1963 relatif a la mise sous protection de l'Etat des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale, république algérienne, Journal officiel, Numéro 30, Année 1963.

² - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 161.

كما تدخل المشروع من أجل تنظيم طرقات إثبات الملكية العقارية الخاصة، حيث نصت المادة 29 من قانون التوجيه العقاري على أنه "يثبت الملكية الخاصة للأملك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، وقد صدرت التعليمات الوزارية المشتركة "وزارة، الإسكان، الداخلية، المالية" المؤرخة في 1993/01/02 من أجل تسوية وضعية الأراضي العمرانية الموزعة في إطار البناء الذاتي، كما تم إصدار تعليمات وزارية مشتركة في 1994/07/31 تخص تسوية وضعية الأراضي التي قامت البلديات بتوزيعها أو التنازل عليها لصالح محترفي التهيئة والنشاط العقاريين، وفي مجال العقار الفلاحي أصدر المشروع المرسوم والتنفيذ ذي 289/92 الم وُرخ في 1992/07/08 المدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفية اكتسابها¹ وقد كان الهدف منه وضع الإطار التنظيمي لاكتساب الملكية العقارية في المناطق الصحراوية دون سواها².

وكذلك مؤقّتات لوضعية بعض العقارات الحضريّة والريفية الغير ثابتة ملكيتها بسندات مشهورة، نص قانون التوجيه العقاري على إنشاء سند حيازي يمكن أصحاب العقارات الغير ثابتة ملكيتها من بعض الحقوق التي يقررها المشروع لمن يثبت له حق الملكية. فقد نصت المادة 39 من قانون التوجيه العقاري على تسليم شهادة الحيازة للمالك الظاهر، من طرف رئيس البلدية المختصة إقليميا لكل حائز بمفهم ومادة 823 من القانون المدني وذلك في أراضي الملك الخاص التي لم تدرر عقودها ولم يشترع فيها مسح الأراضي، وبموجب المادة 02 من المرسوم والتنفيذ ذي الم وُرخ 254/91 الم وُرخ في 1991/07/27 المتضمنة من كفاءات إعداد

¹ - المرسوم والتنفيذ ذي 289/92 الم وُرخ في 1992/07/08 المدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفية اكتسابها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 55، سنة 1992.

² - سماعيل شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 45 إلى 50.

شهادة الحيازة و تسليمها¹ تم التغيير في شروط الحيازة المطلوبة و تقليص مدتها إلى سنة على الأقل.

و لأجل فتح المجال أمام القطاع الخاص على أسس المنافسة الحرة تدخل المشرع بإلغاء القيود على المعاملات العقارية و إعادة تنظيم سلطات البلدية في هذا المجال و إلغاء احتكارها له، فنصت المادة 74 من قانون التوجيه العقاري على أن " المعاملات العقارية في مجال الأراضي العمومية أو القابلة للتعمير لا تخضع لأي شرط آخر غير الشرط المتعلقة بأهلية الأطراف وإرادتهم و تعيين موضوع الاتفاقية المدركة في شكل رسمي طبقاً للتشريع المعمول به، هذا باستثناء ما هو مقر للدولة و الجماعات المحلية من حقوق في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة و المنفعة العمومية "، كما أنه بإلغاء الأمر 73/71 و الأمر 26/74 بموجب المادتين 75 و 88 من القانون 25/90 يكون المشرع قد أنهى مبدأ التحديد المتعلق بالحقوق في التملك سواء بالنسبة للأراضي الفلاحية أو العمرانية.

كما وضعت قانون التوجيه العقاري حداً لاحتكار البلديات لسلوق المعاملات العقارية المدركة بموجب الأمر 26/74، و تدخل بتنظيم المحظوظة العقارية التابعة للجماعات المحلية و خول مهمة تسليح بيروها لهيئات التنظيم و التسليح البيرو العقاريين المسدقة و المتميزة الموجدة أو التي ينبغي إنشاؤها²، و يتعلق الأمر بالوكالات المحلية للتسليح و التنظيم العقاريين الحضريين المنشأة بموجب المرسوم و التنفيذ ذي رقم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22.³

و كذلك تدل على التنظيم مسدقة تسوية الأراضي المدخلة ضد من مساحات التعمير و وضععية الأراضي المعنية بالأمر 01/85 المؤرخ في 1985/08/13

¹ - المرسوم و التنفيذ ذي المؤرخ 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفية إعطاء شهادة الحيازة و تسليمها، الجمهورية الجزائرية، جريدة الرسمية، عدد 36، سنة 1991.

² - أنظر المادتين 73، 74 من القانون 25/90، مرجع سابق.

³ - المرسوم و التنفيذ ذي 405/90 المؤرخ في 1990/12/22، يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسليح و التنظيم العقاريين الحضريين و تنظيم ذلك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 56، سنة 1990.

المدة انتقال القواعد د شغل الأراضى قصد المحافظة عليها¹، سواء بالنسبة لتلك التي كانت محل معاملات غير قانونية بين الأفراد أو الأراضى العمومية التي كانت محل احتلال غير شرعي².

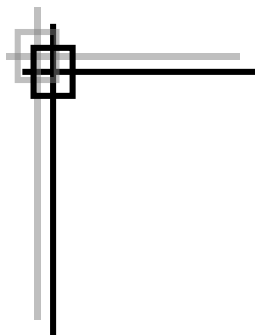
¹ - الأمر 01/85 المؤرخ في 13/08/1985 المدد انتقال القواعد د شغل الأراضى قصد المحافظة عليها أو حمايتها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1985.

² - أنظر المادتين 86، 87، من القانون 25/90، مرجع سبق.

خلاصة

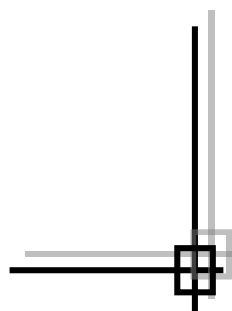
نظم المشرع الجزائري الملكية العقارية وأصدرها في الباب الأول من قانون التوجيه العقاري، بموجب المواد 02 إلى 47، واعتبر الملكية العقارية الخاصة نصف الثالث منها، وخصها بأحكام تدرج عن القواعد العامة المنظمة لحق الملكية المقررة بموجب القانون المدني.

وقد اتبع المشرع في تنظيم الملكية العقارية الخاصة عدة سياسات بدءا بمحاولة إيجاد حلول مبدئية لمعالجة وضعية العقار الموروث عن الراحلين ثم التوجه نحو دولنة العقار الخاص إلى التخلي عن هذه السياسة ووضع حلول للأوضاع الناتجة عنها.



الفصل الأول

إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائي



الفصل الأول: إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

يعد حق الملكية أسماً وأهم الحقوق العينية على الإطلاق لذا فقد تناولت التشريعات المختلفة ومن بينها التشريع الجزائري مسألة تنظيمه وحمايته بإسهاب، والقاعدة أنه إذا كان المالك يضع اليد على ملكيته وتعرض له الغير في التمتع بها مدعياً أنها ليست ملكاً له لم يكن عليه أن يثبت ملكيته إنما على خصمه الذي يدعي غير الوضع الظاهر أن يثبت ما يدعيه، أما إذا حدث أن سلب المالك حيازة العين المملوكة له وتمت منازعته في صدقه كمالك لها كان عليه ليس تردها أن يرفع دعوى استحقاق الملكية ووقع عليه عبء إثبات ملكيته لمحل النزاع مسدداً في ذلك وسائل الإثبات المقررة قانوناً ومنها الدليل الكتابي الذي نصت عليه المادة 29 من القانون 25/90 كوسيلة وحيدة لإثبات الملكية العقارية الخاصة، فدعوى استحقاق الملكية إذا ليست السبيل الوحيد لحماية حق الملكية إنما هي الدعوى التي يتعين على صاحبها أن يثبت ملكيته للحق المطالب به بموجبها ومن ثم أرى أن أبدأ بشرح طرق الحماية القضائية لحق الملكية العقارية الخاصة ثم تحديد مفهوم دعوى استحقاقها وقواعد الإثبات فيها.

المبحث الأول: الحماية القضائية للملكية العقارية الخاصة

قد يتم التعرض لحق الملكية بصفة عامة وحقوق الملكية العقارية الخاصة بوجهه أخص من السلطة العامة أو من الأشد خاص الخاصة وقد يرتبط المتعرض لحق الملكية مع المالك بعقد ويكون اعتدائه عليها بسبب عدم أو سوء تنفيذ بذود هذا العقد وفي كل هذه الحالات المختلفة للمالك طلب الحماية القضائية لحقه واختيار الدعوى المناسبة لذلك وتبقى دعوى الاستحقاق أهم سبل حماية حق الملكية باعتبار أنها الحل الوحيد أمام المالك لاسترداد ملكيته المغتصبة في حال إنكار صفته كمالك لها أو في الحال التي لا يمكنه فيها استعمال باقي الدعوى التي يمكنه من خلالها المطالبة بحماية حقه، وهي تتميز عن تلك الدعوى بأنه يتعين على رافعها إثبات صفته كمالك تحت طائلة عدم قبول دعواه، وعليه اخترت تخصص المطالب الأول من هذا المبحث لدراسة هذه الدعوى بوجه عام وتحديد مفهومها والقواعد التي تحكمها بينما خصصت المطالب الثاني للنظر في لإثبات في دعوى الاستحقاق والقواعد الخاصة بإثبات الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: دعوى استحقاق الملكية بوجه عام

كما سبق الإشارة إليه فإن الدعوى التي تحمي حق الملكية تختلّف بحسب طبيعة وشخص المتعرض له وأهمها دعوى الاستحقاق التي يقع عبء الإثبات فيها على المالك الأمر الذي جعل اللجوء إليها لا يكون عادة إلا إذا تعذر رفع غيرها من الدعوى التي تحقق الحماية القضائية لهذا الحق، وتتميز هذه الدعوى عن باقي الدعوى التي تحمي حق الملكية يقتضي بداية دراسة مختلف الطرق المقررة قانوناً لحماية حق الملكية.

الفرع الأول: تعدد دعاوى الملكية

يمكن تصنيف الدعاوى التي تحمي حق الملكية حسب شدة خص المعتدي وطبيعة الاعتداء الواقع على هذا الحق كما يلي:

أولاً: حماية حق الملكية في مواجهة السلطة العامة

قد يتم التعرض لحدق الملكية من طرف السلطة العامة إذا أحاطه المشروع بحماية قانونية في مواجهة تصرفاتها الغير مشروعة وتتجلى هذه الحماية في رقابة القضاء على تصرفات الإدارة التي يمكن أن تمس بملكية الخواص، وتتم هذه الرقابة في الجزائر من طرف القضاء الإداري عملاً بالمادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما في فرنسا فإن هذا الأخير مختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة في حين يعتبر القاضي العادي باعتباره الدامي التقليدي لحدق الملكية مختصاً في كل النزاعات بين الإدارة والخواص المتعلقة بالاسد تيلاء والتعدي وكل ما يتعلق بإنكار حدق الملكية¹.

ثانياً: حماية حق الملكية في مواجهة الأشخاص الخاصة

إن الوسائل المخولة للمالك الذي اعتدى الغير على ملكيته من أجل إصلاح الضرر اللاحق به أو كلف التعدي أو إقرار حقه في الملكية تختلف حسب ظروف وطبيعة الاعتداء الواقع عليه ويمكننا أن نميز بين ثلاث حالات.

¹ -Alex Weill, droit civil, Les biens, Dalloz, Paris, 1970, P 433, 434.

1 أن يلحق الضرر بالمال المملوك Dommage causés aux biens

يمكن في هذه الحالة أن يرفع المالك إحدى الدعاوى الثلاث التالية:

إما دعوى المسؤولية التعاقدية **action contractuelle** إذا كان الضرر ناجم عن عدم أو سوء تنفيذ التزام تعاقدي ومثاله مسدؤولية المسد تأجر عن الحريق أو دعوى مدنية أمام القضاء الجزائي **action civile devant une juridiction répressive** إذا كان الضرر ناجم عن أفعال ذات طبيعة جرمية إذا لم يختار المالك أن يطالب بالتعويض أمام القاضى المدني. وقد يلجأ إلى رفع دعوى مسؤولية مدنية **action en responsabilité civile délictuelle** كأن يؤسس دعواه على المسدؤولية عن الخطأ، عن الأشياء أو عن فعل الغير.

2 حالة المساس بممارسة المالك لسلطاته Trouble dans l'exercice des prérogatives du Propriétaire

l'exercice des prérogatives du Propriétaire

في هذه الحالة أيضا للمالك الحق في إقامة عدة دعاوى يمكن تصنيفها كما يلي:

إما دعوى المسؤولية العقدية وهذا في حال أن المساس بسلطات المالك تم من طرف المتعاقد معه أو من الغير الذي يضر منه المتعاقد مع المالك ومثال ذلك دعوى ضمان عدم التعرض أو إحدى دعاوى المسؤولية عن الإخلال بالتزامات الجوار وذلك إذا كان الضرر ناتج عن خرق التزامات الجوار المقررة قانونا أو حتى في حال غياب خرق صريح لنص قانوني يمكن للمالك إعمال نظرية مضار الجوار **théorie des troubles du voisinage** أو في حالات نادرة فكرة التعسف في استعمال الحق **le concept d'abus de droit** وقد يلجأ إلى رفع إحدى دعاوى الحيازة **actions possessoires** في حال عدم تمكنه من إقامة

واحدة من الدعاوى السابقة الذكر أو أن يقدم دعوى استعجالية وذلك في الحالات التي تتوفر فيها شروط اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

3 حالة اغتصاب حيازة المالك Dépossession illégitime

وهو الاعتداء الأخطر على وضعية المالك كونه يتخذ من إنكاره السند ملكيته، فإذا تعلق الأمر بمنقول فإن للمالك أن يسلك الطريق الجزائي كونه الفعل يكتيف عادة تكييفاً جزائياً، سرقة، نصب....، غير أن الدائن الجديد قد يواجه المالك بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكيته إذا كان حسن النية.

ويمكن في حالات معينة للمالك أن يقدم دعوى المسد وولية العقديّة كما هو الحال بالنسبة للدعوى التي يقيمها المـ وجر أو المعير أو المـ ودع ضد المتعاقد معه قصد استرداد العين محل العقد إذا رفض هذا الأخير ردها دون وجه حق وإنكار على المالك حقه.

ويمكن للمالك أيضاً أن يقدم دعوى استرداد الحيازة للحصول على حماية أسهل وأسرع.

غير أنه في كثير من الحالات لا يكون للمالك الحق في إقامة أي من الدعاوى السابقة الذكر حيث تتم منازعته في وجود حقه كماله، فلا يبقى أمامه سوى أن يرفع دعوى استحقاق الملكية *action en revendication* ويكون ملزماً بتقديم الدليل على قيام حقه كماله¹، أما في غيرها من الدعاوى السابقة الذكر فلا يكون المالك ملزماً بإثبات صدقته كماله وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 180020 المـ ورخ في 13/07/1999 الذي جاء فيه "لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضية الموضع لم أُلزم والطاعنين بإثبات صدقته كماله مع أن العارية يمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية ولا تسدّ تلزم أن يكون

¹ - François Terre, Philippe Simler, Droit civil, les biens, Dalloz, 6^{ème} édition, 2002, P 377 à 381.

المعيار مالك العين المعارة، فإنهم يكونون قد تطرقوا لدعوى الملكية وبالتالي فإنهم أخذوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم لانقض¹، ويلاحظ في هذا القرار كيف أن قضية الانقض كيف والموضوع والطلب القضائي بأنه دعوى تتعلق بالمسؤولية العقدية القائمة على أساس الإخلال بتنفيذ المس تعبيراً للالتزام به برد العين المعارة والتي لا تسبب تلزم من الطرفين إثنين ملكية تهم للدق موضوع النزاع واعتبروا أن مناقشة قضية الموضوع لصفة الطرفين كملاك للعين المعارة يفيد أنهم كيف وأخطأ موضوع الطلب القضائي بأنه يتعلق بدعوى استحقاق الملكية التي عبر عنها القرار بمصد طلح دعوى الملكية وعلى هذا الأساس قاموا بانقض القرار المطعون فيه.

الفرع الثاني: مفهوم دعوى استحقاق الملكية

يمكن إعطاء مفهوم لدعوى الاستحقاق من خلال تعريفها وتحديد أحكامها

أولاً: تعريف دعوى استحقاق الملكية

هي الدعوى التي يمارسها المالك بصدفته كذاك ضد كل من يضيع يده دون وجه حق على ملكيته ويرفض ردها إليه منازعاً إياه في حقه كمالك، وتهدف هذه الدعوى إلى الاعتراف بحق الملكية واسترداد المال المملوك².

وتقوم دعوى الاستحقاق على المنازعة في حق الملكية على أساس أن هذا الحق قد اغتصب بغير حق من الغير الذي يرفض رده، فهي تقوم على أساس وجود حق الملكية وتهدف إلى المطالبة باسترداد حيازة هذا الحق³

¹ - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قدم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 173.

² - François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 382.

³ - Alex Weill, Op.Cit., P 435.

وترفع دعوى الاسد تحقق ضد دائر المال المطالب به أو ضد دائر العرضي الذي لا يدعي حقاً له على المال موضوع النزاع إنما يرفض إرجاءه بحجة أنه يدور له لصالح شخص آخر وفي هذه الحال وجب على المدعى عليه تحديد هوية الشخص الذي يدور لفائدته ليتم إدخاله في الخصام بوصفه دائر الفعلي للمال المتنازع عليه¹.

و الحكم الفاصل في دعوى اسد تحقق الملكية هو الحكم الذي يثبت حق الملكية لأحد أطراف الدعوى وهو يشكل حجة بين طرفيه، وعليه متى صدر الحكم باسد تحقق المدعى للملكية المتنازع عليها وصار نهائياً دائراً لقوة الشيء المقضي فيه أصبح هذا الحكم عذراً للحقيقة بين طرفيه وكان على المدعى عليه الالتزام بتنفيذ هذه إذا أمر الحكم بأن يرد خاسر الدعوى للمدعى منقلاً أو كميّة من الأشياء المنقولة المعينة أو الأشياء المثلّية كان عليه أن يسدّ لمها لطالب التنفيذ عملاً بالمادة 623 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما إذا تعلق الحكم بتسليم عقار أو تركه أو التنازل عنه كان عليه أن ينقل الحيازة المادية له ذا العقار لطالب التنفيذ عملاً بالمادة 624 من نفس القانون.

أما بالنسبة لآثار الحكم الفاصل في دعوى الاسد تحقق بالنسبة للغير فإنّه كغيره من الأحكام القضائية يخضع لمبدأ نسبية الشيء المقضي فيه *principe de l'autorité relative de la chose jugée*، إذ من الخطأ أن نستخلص من كون الملكية حق مطلق وله حجية في مواجهة الغير *erga omnes* أن للحكم الفاصل في دعوى اسد تحققها قوة مطلقة في مواجهة الغير ذلك أنه يجب التفرقة بين خصائص الحق نفسه وبين خصائص السند المقرر له، فالقوة المطلقة للحكم الفاصل في دعوى الاسد تحقق *l'autorité absolue du jugement* لها مدى جد مختلف عن حجية حق الملكية في مواجهة الغير *l'opposabilité aux tiers du droit de propriété* التي لا تمنع الغير من المنازعة في وجود الحق، كما

¹ - François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 383, et Alex Weill, Op.Cit., P 435.

أن انتفاء القوة المطلقة للحكم في مواجهة الغير لا يعني عدم إمكانية الاحتجاج بحق الملكية ذلك أن هذا الحكم يعد قرينة على ملكية من صدر الحكم لصالحه إلا أنها قابلة للطعن ممن لم يكن طرفاً في الحكم الذي يمكن له أن يقدم من الأدلة ما يثبت به أنه أدق به مما يدّعي بالحكم في مواجهته وهذا تطبيقاً للنظرية العامة لأثار الأحكام في مواجهة الغير،¹ أو الملاحظ أن إخصاء الحكم لإجراء الشهر العقاري لا يغير من قوته، لأن هذا الإجراء ليس سوى شرط لاكتسابه الحجية اتجاه الغير وهو ليس شرطاً لاكتساب الحكم قوة الشيء المقضي فيه، لذا فإن شهر الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق لا يضيف شيئاً لقوته التي تبقى دائماً نسبية.²

ثانياً: أحكام دعوى استحقاق الملكية

تخضع دعوى استحقاق الملكية للقواعد العامة المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها وكون موضوع المطالبة القضاية في دعوى استحقاق الملكية العقارية استرداد العقار المغتصب وقد يتسع إلى المطالبة بما يتبعه من ملحقات وكذا إلى الثمار والمنتجات، في حين تنصب دعوى استحقاق الملكية المنقولة أساساً على المال المنقول الذي يزعم المدعي اغتصابه منه. غير أن دعوى الاستحقاق تحكمها قواعد خاصة سهّلتها فيمالي مع إبراز مواضع الاتفاق والاختلاف بين كل من دعوى استحقاق الملكية العقارية ودعوى استحقاق الملكية المنقولة.

¹- François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 378, et Patrice Jourdain, Les biens, Dalloz, Delta, Paris, 1995, P 281.

²- Patrice Jourdain, Op.Cit., P 281.

أولاً: من حيث التقادم

تخضع دعوى الاس تحقاق لقاعة اللاتقادم وهي قاعة منبثقة عن مبدأ أن الملكية حق دائم لا يسقط بعبء اس تعامله وتشترك في هذه القاعة دعوى اس تحقاق الملكية العقارية مع دعوى اس تحقاق الملكية المنقولة¹، وقد داس تقرر القضاء في فرنسا على أن دعوى الاس تحقاق لا تخضع للتقادم خروجاً عن القاعة العامة المقررة في المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتقادم الدعاوى العينية والشخصية بمرور 30 سنة²، وهو ما اتجه إليه القضاء المصري أيضاً³.

ثانياً: من حيث الاختصاص النوعي

ينعقد الاختصاص النوعي للنظر في دعوى الاس تحقاق إذا تعلق موضوعها بملكية عقارية للقسم العقاري بالمداكم إن وجد وللقسم المدني في المداكم التي لم ينشأ بها قسم عقاري بينهما ينعقد الاختصاص للقسم المدني إذا تعلق الدعاوى بملكية منقولة، ويترتب على رفعها أمام القسم غير المعني الأمر بإحالة الملف أمام القسم المختص عن طريق أمانة ضبط المحكمة بعد إخبار الرئيس عملاً بالنص المادتين 32، 512 من القانون 09/08 المـ وُرخ في 25/02/2008 المتخذ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، وقد كانت المادة الأولى من الأمر 154/66 المـ وُرخ في 08/06/1966 المتخذ من قانون الإجراءات المدنية⁵ الملغاة أحكامه بالقانون 09/08 السابق الإشارة إليه، تعقد الاختصاص للنظر في القضاء المدنية ومن بينها دعوى اس تحقاق الملكية للمداكم. وتطبيقاً لهذا المبدأ صدر القرار رقم 52039، المـ وُرخ في 05/04/1989 بخصوص نزاع عقاري يتعلق بالتعدي على

¹ - Alex Weill, Op.Cit., P 435, 436.

² - François Terre, Philippe Simler, Op. Cit., P 383.

³ - راجع ما سبق أن أشرت إليه تحت عنوان الملكية حق دائم ص 14، 15، من هذه المذكرة

⁴ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وزارة العدل، مطبعة دار القصة للنشر، الجزائر، 2008.

⁵ - قانون الإجراءات المدنية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005.

الحيازة وقد جاء فيه أن " المداكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية التي تختص بها محليا ومنا ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن دعوى الطاعنين تتمثل في أرض تم الاعتداء عليها من طرف المطعون ضدهم - التعدي على الحيازة -، فإن قضية الاسئناف وافقتهم على الحكم المسد تأنف القاضي بعدم الاختصاص قد دتد ازلوا عن اختصاصهم المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية وواجب بهم في الفصل في الدعوى " ¹.

ثالثا: من حيث الإثبات

وفي مجال الإثبات يلتزم المدعي في دعوى استحقاق الملكية العقارية بالقواعد المقررة قانونا لإثبات الملكية العقارية خاصة ما يتعلق منها بأشترائط الرسمية والشهر والتي سأتطرق لها لاحقا وبالمقابل في دعوى استحقاق الملكية المنقولة يصدم المدعي بالارتباط القائم بين الملكية والحيازة فيما يخص الإثبات والذي تقرره المادة 835 من القانون المدني التي تقضي باكتساب ملكية المنقول بحيازته متى اقترنت بحسن النية وتوافر السند الصحيح وتجعل من الحيازة في حد ذاتها قرينة على وجودهم الذي الحائز ما لم يقدم دليل على خلاف ذلك، مما يثقل كاهل المدعي في دعوى استحقاق الملكية المنقولة بعبء إثبات عكس القرينة القائمة لصالح الحائز للمال المنقول المطالب به.

¹ - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قدم المسد تندات والنشر، العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 43.

المطلب الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

لا تطلب رجاء إثبات الملكية العقارية الخاصة إلا إذا كان المدعى قد استحقها، وبعد أن حددت مفهوم هذه الدعوى بصفة عامة وتطرقنا لأحكامها الخاصة، سأحاول فيما يلي دراسة قواعد الإثبات في دعوى الاستحقاق بوجه عام بدعوى إعطاء مفهوم وللإثبات تمهيدا للمبحث الثاني من هذا الفصل المخصص للإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

يمكن إعطاء مفهوم للإثبات من خلال تعريفه واستخلاص أركانه.

أولاً: تعريف الإثبات

الإثبات لغة، هو " تأكيد الحق بالبينة والبينة هي الدليل أو الحجة "و المقصود بالحق في هذا التعريف حقيقة أي شيء سواء أكان لذلك أثر قانوني أم لا، كالسفر والإقامة وأي مسألة علمية أو تاريخية، والبينة أي دليل وأي حجة سواء كان ذلك شهادة شهود أو قرائن¹.

وفي اللغة الفرنسية العامية تعني كلمة إثبات « ما يظهر صحة قضية ما، حقيقة فعل ما »².

¹ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 13.

² - Dans le langage courant, la preuve est " ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait ", P.-E. LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V Preuve et prouver, d'après Jean-Louis Mouralis, Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, recueil V, Preuve, Dalloz, Paris, Avril 2007, P 05.

و بالنسبة للمفهوم القانوني للإثبات فقد عرفه Marcel Planiol مارسال بلانديول و Georges Ripert جورج ريبيرت بأنه " أن يقدم للقاضي عناصر إقناع كافية لبيان صحة واقعة يدعيها طرف في النزاع وينكرها طرف آخر " ¹.

كما عرف الإثبات القانوني بأنه " إقناع القاضي بصحة إدعاء معين " مما يجعل هذا الإثبات إثبات قضائي لأنه يتعلق بقيمة وسيلة إثبات معينة إذا ما عرضت على القاضي بمناسبة نزاع ².

وقد عرفه كل من نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمد و زهران بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية والطرق المدونة على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع فيه " ³.

أما أحمد دنشأت فعرفه بأنه " تأكيد حق متنازع فيه بالدليل الذي أباده القانون لإثبات ذلك الحق " ⁴.

ويمكن القول أن كلمة إثبات بمعناها القانوني قد تؤدي ثلاث معانٍ، الأول وهو إدلاء أحد الخصوم بالعناصر التي تحصل بها إقناع القاضي بخصوص صحة إدعاءاته وفي هذا السياق يمكن التكلم عن عبء الإثبات وعن المكلف بالإثبات أو ما يسمى باللاتينية *actus probandi*، والثاني يقصد به تلك العناصر نفسها والأدلة التي تقدم أمام القاضي قصد إقناعه بصحة إدعاء ما من دليل كتابي، بيضاء، يمين، قرائن أو إقرار، أما الثالث فيراد به تلك النتيجة التي تحصل بعد تقديم الأدلة فيقال أثبت الخصم أو لم يثبت إدعائه ويقال أيضا اكتمل الإثبات أو لم يكتمل ⁵.

¹- Marcel Planiol, Georges Ripert, Traite pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations, Deuxième partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1931, P 743.

²- Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 05.

³- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمد و زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 07.

⁴- أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 14.

⁵- Marcel Planiol, Georges Ripert, Op.Cit., P 743 et Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 05, et voir également

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي كالمؤرخ والعالم أو أي باحث وراء حقيقة، لا يصل إلى الحقيقة المجردة، وإنما إذا اقتنع بدليل على قيام أمر قضى به، غير أن الإثبات القضائي ينفرد بخصائص تميزه عن الإثبات في المواد العلمية والتاريخية، منها ما يتعلق بتقييد حرية الإثبات التي تعد مطلقة في المواد الأخرى، بحيث أن العالم أو المؤرخ له مطلق الحرية في البحث والتنقيب عن الدليل الذي يرى أنه قد يذتج في المسألة التي يريد تقريرها، وهو الذي يختار الواقعة التي يريد إثباتها ويعينها ويحددها ثم يقيم الدليل على صحتها، أما القاضي فلا يملك شيئا من ذلك بل الخصم صاحب المصلحة هو الذي يقوم بذلك وليس للقاضي أن يدين للخصم وحقوقهم وطرق إثباتها كما أن نطاق الأدلة أمامه محدود فلا يمكنه مهما كان اعتقاده بصحة الدليل الغير رجائز قانونا الأخذ به، ومن خصائصه أيضا أن القاضي إذا أصدر حكمه وأصبح نهائيا اعتبر حكمه عنوانا للحقيقة ووجب الخضوع له وتنفيذه أما ما يقرره العالم أو المؤرخ فهو محل مناقشة ويصح الأخذ به أو تركه¹، كما يتميز الإثبات القضائي بأن القاضي ملزم بالفصل في النزاع المطروح عليه إذ لا يمكنه لا ترك النزاع معلقا لعدم كفاية الأدلة ولا مناقشة حجية شيء مقضي فيه².

وللإثبات القضائي أهمية بالغة ذلك أن صاحب الحق المتنازع فيه مالم يسد تطع إثباته أمام القاضي يصح وكأنه غير مالك له ذا الحق وما يعبر عنه باللاتينية بالصيغة التالية *idem est non esse est non probari* ويقابله باللغة الفرنسية *c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé* ومع ذلك فإن هذا لا يعني أن الحق لا وجود له مستقلا عن وسيلة إثباته وأن غياب دليل الإثبات لا يعني دائما انعدام آثار الحق موضوعه والذي يؤكد ذلك أن آثار العقد ترجع إلى تاريخ إبرامه وإن كان المدرك الكتابي الذي

يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988، ص 15.

¹ - أحمد نسأت، مرجع سابق، ص 15، 20، 21.

² - Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 06.

يشترطه القانون لإثباته قد حرر بتاريخ لاحق، كما أن الحق الغير منازع فيه يتجأثاره¹، لذا فإن من الضروري التمييز بين الحق وإثباته خاصة عندما يكون دليل الإثبات هو الكتابة وتكون هذه الأخيرة خاضعة لشكلية معينة تحت طائلة البطلان ذلك أن تقرير بطلان المدعى المكتوب المشترط كدليل للإثبات لا يلحق الحق في حد ذاته بل وقد يجيز القانون إثباته بطرق أخرى²

ثانياً: أركان الإثبات

حتى يكتمل لدينا مفهوم الإثبات يمكن من خلال ما سبق تقديمه كتعريف له أنه خلاص القواعد التي يفرضها نظام الإثبات القضائي أو ما يمكن اعتباره عنها المستشار أحمد نشأت بأركان الإثبات.

1- أن تكون هناك واقعة متنازع عليها

لا ضرورة للتقاضي أو الإثبات ما لم تكن هناك واقعة متنازع عليها أو القاعده أن على المدعي إقامة الدليل على صحة دعواه ما لم يقر له خصمه بكل ما يدعيه أو بجزء منه، إقراراً قاطعاً وغير مخالف للنظام العام³.

و الواقعة المتنازع عليها إما أن تكون ارتباطاً قانونياً "un acte juridique" أي تعاقداً حصل بإرادة الطرفين المتعاقدين كالبيع والرهن أو تكون حادثه مادية "un fait matériel" كالإغتصاب ووضع اليد والحريق.

¹ - Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 06.

² - لحسن بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 163، 164.

³ - نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 29، 30.

كما يجب أن تكون الواقعة المتنازع عليها متعلقة بموضوع الدعوى " le fait doit être pertinent"، منتجة فيها " le fait doit être concluant"، و جائز قبولها " le fait doit être admissible".

وتكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به إذا كانت مصدر له كتمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن وهو ما يسد مي بالإثبات المباشرة " preuve directe" أو أن تكون واقعة بديلة عن الواقعة الأصلية إلا أنها متصلة بها اتصالاً وثيقاً وهو ما يعرّف بالإثبات غير المباشرة " preuve indirecte" حيث ينصب الإثبات على واقعة أجنبية طبقاً لفكرة تحويل الدليل " déplacement de la preuve"¹ بحيث يسدّ ثل من ثبوت الواقعة البديلة المعلومة من خلال إقامة الدليل عليها على الواقعة الأصلية المجهولة اعتمداً على الغالب المألوف في العلاقة بين الأمر بحسب ما تجري به طبيعة الأشياء كالاستدلال على إهمال الجراح بإثبات سكره قبل إجراء الجراحة بوقت يغلب على الظن معه استمرار تأثيره بسكره².

وتكون الواقعة منتجة في الدعوى إذا كانت مؤثرة ومجدية في إقناع القاضي بثبوت الحق المدعى به، وهو ما يتحقق حيث يكون ثبوتها بذاته مؤدياً إلى ثبوت الحق المدعى به أو حيث تتساند مع غيرها من الوقائع لإثباته³.

وتكون الواقعة جائز قبولها إذا كان القانون لا يمنع إثباتها كما هو الحال بالنسبة لعدم جواز إثبات ما يخالف قريضة قانونية عملاً بالمادة 338 من القانون المدني الجزائري وكذا من المادتين 335 و 342 من القانون المدني الفرنسي إثبات النسب غير الشرعي أو النسب بالأقارب المحرمة⁴.

¹- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 27.

²- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 34، 35.

³- نفس المرجع، ص 36.

⁴- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 29، 30.

و يجب أن تكون الواقعة المدعى عليها مثبتة بمحض وثيقة غير مطلقة أي معيّنة ومحددة فإذا رفعت دعوى بدين وجب تعيين مقداره¹.

2- أن يكون لهذه الواقعة أثرا قانونيا

بمعنى أنه يجب أن تكون الواقعة في حال ثبوتها أساس الحق من الحقوق بذاء على أحد مصادر القانون كالنص التشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة²

3- أن يكون الإثبات بالدليل الذي أباحه القانون

بين القانون الأدلة التي تثبت بها الحق والمختلفة والقاضي مقيد بطرق الإثبات التي عينها المشرع وليس كل ما يؤدي إلى إقناعه يثبت به الحق كما يجب على القاضي ألا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات الخاصة به³.

الفرع الثاني: قواعد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

المقصود بقواعد الإثبات ما يرد عليه هذا الأخير أي محطه، ثم على من يقع عبء تقديم الدليل المقنع للقاضي؟

¹ - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 37.

² - نفس المرجع، ص 37 إلى 43.

³ - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 44، 45.

أولاً: محل الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

يُرد الإثبات على السبب المكسب للحق، لا على الحق ذاته وبالتالي يرد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية على أسباب كسبها، كالعقد أو التقادم المكسب أو الالتصاق فإذا أراد المدعي إثبات ملكيته لعقار آل إليه عن طريق الشراء كان عليه إثبات وجود عقد البيع الذي اكتسب به الملكية، ومتى أراد أن يثبت ملكيته لمنقول فيكفي أن يثبت حيازته له ويتمسك بقاءه الحيازة في المنقول سند الدائز فإذا لم يكن دائزاً له كان عليه أن يدحض قرينة الحيازة في المنقول مع إثبات السبب الذي كسب به ملكية المنقول¹.

ثانياً: عبء الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات، فإن على المدعي بحق الملكية إثبات أنه مالك، ويفترض في دعوى الاستحقاق أن ترفع ضد الدائز الذي بوصفه مدعي عليه لا يكون ملزماً بإثبات ملكيته التي تعد الحيازة قرينة عليها، وبالتالي يقع على المدعي عبء إثبات عكس هذه القرينة حتى وإن بقي خصمه في موقف سلبي ولم يقدم أي دليل لصلحه، بل ولا يكفي أن يثبت انتفاء ملكية خصمه المدعي عليه إنما يجب عليه أن يثبت وجود حقه².

وينتقل عبء الإثبات أثناء سير الخصومة القضائية من طرف إلى آخر، إذ يكون في بدايتها على المدعي إثبات ما يدعيه إذا ما أنكره عليه خصمه، طبقاً للمبدأ القانوني *actori incumbit probatio*، فإذا قدم المدعي الدليل على صحة ادعائه كان بإمكان المدعي عليه أن يعارض طلبه بتقديم دفوعه بالنسبة لموضوع الدعوى

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 41.

² - Alex Weil, Op.Cit., P 444, François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 392, Patrice Jourdain, Op.Cit., P 275.

و هذا ينتقل عبء الإثبات إليه لإثبات صحة الدفع الذي يسدّ عليه طبقاً للمبدأ القانوني *reus in exipiendo fit actor*، وهكذا ينتقل عبء الإثبات بالتناوب أثناء سير الخصومة القضائية بين أطرافه¹، وتجدد هذه القاعة مدة مجالا واسعا للتطبيق في دعاوى استحقاق الملكية بل وقد يذتج عن تطبيقها إشكالات كبيرة بشأن الموازنة بين الأدلة المقدمة بين الطرفين فيما يتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، ومثال ذلك أنه وفي ظل نظام الشهر الشخص الذي قد يتقدم الم دعي بعقد شهرة يثبت ملكيته للعقار موضوع النزاع في دفع خصمه الم دعي عليه بملكته لنفس العقار بموجب عقد شهرة أيضا وهذا يكوّن القاضي أمام عقدين رسدين مشهرين يثبت كل منهما ملكية نفس العقار لشخصين مختلفين.

¹ - Jean-Louis Mouralis, Op Cit., P 109.

المبحث الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة

تخضع دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة لنفس القواعد التي سبق شرحها بالنسبة لدعوى استحقاق الملكية بوجه عام، غير أن المشدوع قد خصها بقواعد تتعلق بتنظيم وسائل الإثبات فيها، كاشتراطه إثباتها بسند مشهر طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري لخاصة المطالب الأول لدراسة تنظييم طرق الإثبات في هذه الدعوى وخصصت المطالب الثاني للتطرق لأنواع السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

قيد المشدوع من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته عن طريق اشتراط الشكلية الرسمية ثم اشتراط شكلية القيد في السجل العقاري.

الفرع الأول: اشتراط الشكلية الرسمية

بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتخذ من مهننة التوثيق تدخل المشدوع بصورة بارزة وبالغة الأهمية في مجال تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة، حيث قضت المادة 12 منه على وجوب تحرير العقود التي تنتج من نقل عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان مع دفع الثمن لدى الموثق، ثم أضافت المادة 26 من نفس الأمر أنه على الموثق أن يبين في العقد والناقلة للملكية أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون ودود العقارات وأسماؤه الكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التديلات المتتالية.

و به ذا النص يكون المشرع قد قيد حرية الأفراد في إثبات ملكيتهم العقارية في حال سعيهم لذلك عن طريق تقديم عقد مكتوب بأشترائط الشكلية الرسمية كركن في العقد يترتب على تخلفه بطلان السند المحتج به.

و بعد دتنبذ المشرع نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 المتخذ من إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الذي أوجب شهر حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار وكل العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني في مجموعة البطاقات العقارية، أكد من جديد تمسكه بالأخذ بالشكلية الرسمية عندما نص في المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أن كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي.

و بموجب القانون 14/88 المعدل للأمر 58/75 المؤرخ للقانون المدني تم إدراج ما جاء به نص المادة 12 من الأمر 91/70 ضمن نص المادة 324 مكرر 01 الواردة في الفصل الأول المتعلق بالإثبات بالكتابة من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني.

و بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري نص المشرع على أنه " **يثبت الملكية الخاصة للأشخاص العقارية والحقوقي العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري** " والملاحظ على هذا النص أن المشرع قد ضيق سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة في العقود الرسمية المشهورة والأرجح أنه يقصد بمصطلح عقد أي سند مكتوب وهو ما يؤكد النص الفرنسي لهذه المادة الذي جاء بمصطلح acte مقابل مصطلح عقد الوارد في النص العربي لها والترجمة الدقيقة لكلمة acte الفرنسية هي سند أو محرر لا عقد التي يقابلها بالفرنسية مصطلح contract، و به ذا النص يكون المشرع قد حصرت طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في السندات الرسمية المشهورة.

الفرع الثاني: اشتراط الشهر

اسد تمر تطبيق نظ ام الشهر الشخص في الم وروث ع ن الاح تلال الفرنسي بعد اسد تقلال الجزاء ر غير ر أن ب وادر الأخ ذ بنظ ام الشهر العيني بدأت تظهر ر بصد دور الأم ر 73/71 المتخذ من الثورة الزراعية سنة 1970 وبعده المرسد وم 32/73 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة الذي نص في المادة 33 منه على أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية بموجب رد إحداث المسح العام للأراضي للبلاد المحدث ستشكل المنطلق الجديد والوحيد لإقامة البيضة في شأن الملكية العقارية، ثم أشار المشروع إلى نفس المبدأ في المادة 793 من القانون المدني، وأخيرا أصدر الأمر 74/75 المتعلق بإصدار مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ثم المرسوم التنفيذي رقم 63/76.

وقد اشد ترط المشروع الشهر كشرط لوج ود التصرفات والحقوق فنصت المادة 793 من القانون المدني على أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري، بمعنى أن المشروع جعل القيد في السجل العقاري شرطاً لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى، وقد أكدت ذلك المادة 16 من الأمر 74/75 بنصها على أن كل العقد والإرادة والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصديق أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشوئها في مجموعة البطاقات العقارية.

كما أن المشروع نص على وجوب القيد كشرط لترتيب الحق والإجراء المتمسك به آثاره في مواجهة الغير فنصت المادة 15 من الأمر السابق ذكره على أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا

من تاريخ يوم إيداعهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

وقد دأب المشرع الرسمية كركن لانعقاد العقد في التصرفات الواجبة الشهر واحترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر أي أنه لا يمكن شهر حتى ينصب على عقار ما لم يتم شهر السند السابق للمتصرف عملاً بالمادة 88 من المرسوم 63/76 باندثناء حالة القيد الأول في إطار عملية مسح الأراضي والعقود العرفية المكتسبة لتاريخ ثابت قبل 1971/01/01 حسب المادة 89 من نفس المرسوم¹.

وقد ذهب المشرع إلى أبعد مما سبق ذكره عندما اشترط شهر السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة لقبول الاحتجاج به كدليل على وجود هذا الحق بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري السابق الإشراف إليه، وبهذا أصبح هذا الشرط لا يخص فقط السندات المثبتة للملكيات الواقعة في المناطق التي طبق بها نظام الشهر العيني بل يشمل حتى تلك التي تتعلق بالملكيات التي تقع في مناطق لم يشملها بعد نظام مسح الأراضي، بحيث يكون المشرع قد اشترط بالنسبة لهذه المناطق شهر سندات الملكية شهراً شخصياً طالما أن نظام الشهر الشخصي يبقى ساري المفعول بالنسبة للعقارات الريفية عملاً بالمادة 113 من المرسوم 36/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في حين يتم شهر ملكية العقارات الحضرية الواقعة في مناطق غير ممسوحة شهراً عينياً بإعداد بطاقات عقارية تستند إلى البلدية وإلى اسم الشارع والرقم طبقاً للمادة 27 من نفس المرسوم.

المطلب الثاني: أنواع السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة

يشترط المشرع حسب نص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري لإثبات الملكية العقارية الخاصة تقديم سند مشهر، ويشترط لشهر أي سند مثبت له الملكية

¹ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 64، 67، 69.

الرسدية واحترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر بامتياز حالة القيد الأول والعقد
الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، ومنه يمكن التلخيص السندات المقبولة في ظل
التشريع الجزائري لإثبات الملكية العقارية الخاصة فيما يلي:

الفرع الأول: السندات الرسمية

يشترط القانون في أي محرر مكتوب شروط معينة لاكتساب صفة الرسمية، وهو ما
يقتضي منا تعريف السند الرسمي وتحديد شروطه.

أولاً: تعريف السند الرسمي

تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على " أن العقد الرسمي
عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه
أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته
واختصاصه "، وقد كانت صياغة نص المادة 324 قبل تعديلها بموجب القانون
14/88 كما يلي " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص
مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال
القانونية في حدود سلطته واختصاصه ".

والملاحظ أن كلمة عقد في النص العربي الجديد للمادة 324 يقابلها بالغة
الفرنسية كلمة " acte " والتي تفيد ورقة أو سند وهي الترجمة الأصح نظراً لكون
مصطلح عقد يفيد التصرف القانوني negotium في حد ذاته كما قد يفيد أداة

إثبات هـ ذا التصرف instrumentum، كما أضيف إلى نص المادة بعد دتعديله
مصطلح الضابط العمومي تماشياً مع التشريعات السارية المفعول واللاحقة¹.

ويلاحظ أن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للسند الرسدي يتوافق
مع نظيره المصدري والبلدي حيث جاء نص المادة 10 من قانون الإثبات
المصدري كما يلي " المذكرات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو
شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أم ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك في حدود
سلطته واختصاصه....". كما نصت الفقرة الأولى من المادة 143 من قانون أصول
المحاكمات البلدي بأن " السند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص
مكلف بخدمة عامة ضد من حدود سلطته واختصاصه، ما تم على يده أو ما تلقاه
من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة....."².

وقد عرفت المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي السند الرسدي³ كما
يلي " السند الرسدي هو السند المذرر من طرف ضابط عموميين لهم الحق في
تحريره بالمكان الذي حرر فيه وفقاً للأشكال المتطلبة

ويمكن أن يذرر في قاعة الكترونية إذا كان معد ومحفوف وفقاً للشروط
المقررة بموجب مرسوم بمجلس الدولة"⁴. ورغم أن المشرع الفرنسي قد سد
التطور التكنولوجي بنصه على إمكانية تحرير السند الرسدي في شكل إلكتروني إلا
أنه يؤخذ عليه إغفاله لوجوب توافر الاختصاص الذي يملكه الضابط العمومي
المحرر للسند.

¹ - أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل لإثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 15، 16.
² - رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدليل الكتابي، الدار الجامعية، بيروت
1994، ص 37.

³ - " L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayants le droit
d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur un support électronique s'il est établi et conservé dans les
conditions fixées par décret en conseil d'Etat ".

⁴ - Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 9, 14.

و من خلال تعريف المشدوع الجزائري للسند الرسمي يمكن استخلاص الشروط التي يجب توافرها في المحرر أو السند حتى يكتسب الصفة الرسمية.

ثانيا: شروط السند الرسمي

يشترط نص المادة 324 من القانون المدني ليكتسب السند الصفة الرسمية الشروط التالية:

1- أن يكون السند صادرًا عن موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

و الموظف العام هو الشخص خص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء كان مأجورا أو غير مأجور¹، وقد عرفت المادة 04 من الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتخذ من القانون الأساسي للتوظيف العمومي² بأنه "كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة من السلم الإداري"، ولا يشترط في الموظف العام أن يكون من موظفي الدولة بالذات بل يكفي أن يكون موظفا بإحدى الهيئات التابعة لها، أما الضابط العمومي فالمقصود به الموثقون والمحضرون وضباط الحالة المدنية والقناصل كل في حدود اختصاصه³.

¹- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 93.

²- الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتخذ من القانون الأساسي للتوظيف العمومي، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 46، سنة 2006.

³- أحمد ميدي، مرجع سابق، ص 18، 19، 20.

أما المقصود بالشخص المكلف بالخدمة العامة فهو كل من كلف بخدمة عامة دون أن يكون موظفاً عاماً، كالخبير فيمّا ندب له والمحكم في الدعوى المحكم فيها¹.

وقد اتجه قضاء المحكمة العليا بالجزائر "المجلس الأعلى سابقاً" إلى تأكيد الصفة الرسمية للعقد التي حررها القضاء الشرعيون ويمكن الإشادة في هذا الشأن إلى القرار رقم 40097، المؤرخ في 1989/06/03² الذي جاء في حيثياته ما يلي "حيث أن العقود التي يحررها القضاء الشرعيون وطبقاً لما استقر الفقه والقضاء عليه تكتسب نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المدونة من طرف الأعيان العموميين وتعد عنواناً على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير ومعاكس لفحواها".

2- صدور السند في حدود سلطة محرره واختصاصه

ويقصد به هذا الشرط أن يكون لمصدر السند الاختصاص الذوقي والمكاني لإصداره، والمقصود بالاختصاص الذوقي أو الموضوعي أن تكون له الولاية في تحريره، ويشترط في هذه الولاية أن تكون قائمة أثناء تحرير السند وألا تتحقق في محررها إحدى حالات التنافي المقررة قانوناً كما أن تكون للموثق مصلحة شخصية أو صلة قرابة مع ذوي الشأن في التعاقد³ أو غيرها مما من حالات التنافي المنصوص عليها في المادتين 19، 21 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق⁴، أما الاختصاص المكاني فيقصد به ألا يتعدى الموظف العام أو غيره ممن هو مخول قانوناً بإصدار سندات رسمية النطاق الإقليمي لاختصاصه

¹ - رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدليل الكتابي، مرجع سابق، ص 42.

² - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المسندات والنشر، العدد الأول، المؤسسة الجزائرية للطباعة وخدمة بن بولعيد، الجزائر، 1992، ص 119.

³ - أحمد ميدي، مرجع سابق، ص 22، 23، 24.

⁴ - القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 14، سنة 2006.

إلى دائرة اختصاص غيره، فلا يجوز لضابط الحالة المدنية لبلدية ما أن يدرج وثيقة إقامة لشخص غير مقيم ببلديته¹.

3- مراعاة الأوضاع القانونية في السند الرسمي

يجب أن تكون الأوراق الرسمية مدونة طبق الأصل كالتي نص عليها القانون، وهذه الشكليات هي التي تسدح بتفويض قريضة الرسمية التي تتمتع بها هذه الأوراق لأنها اتضد في عليها اظ اهر ايد دل على صحتها وي وحي بالثقة فيها او الاطمئنان إليها².

ثانيا: جزاء الإخلال بشروط المحرر الرسمي

تنص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني على أنه " يعتبر العقد الغير رسمي بسبب عدم كفاية أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشك، كمدون عرفي إذا كان موقعه من قبل الأطراف"، وهو ما يفيد أنه إذا تخلفت شروط الرسمية في السند كأن يصدر ممن ليس له السلطة القانونية لإصداره أو ألا تراعى في تحريره الأوضاع القانونية المقررة، فإن السند يعتبر باطلا كورقة رسمية غير أنه يتحول إلى سند عرفي إذا توافرت شروطه.

وبطالان السند لا يسدح تلزم بطالان التصديق القانوني المثبت به إذ يمكن إثباته بوسائل الإثبات الأخرى التي يجيزها القانون، ما لم تكن الكتابة شرط لانعقاد التصديق كما هو الحال بالنسبة للتصديقات القانونية المدونة بنص المادة 324

¹ - ميدي أحمد مرجع سابق، ص 29.

² - يدي بكوش، مرجع سابق، ص 100، أنظر لمزيد من التفاصيل المواد 324 مكرر 02 و 324 مكرر 04 من القانون المدني، والمواد 26 وما يليها من القانون 02/06 المتعلق بالتوثيق، مرجع سابق، والمواد 61 وما بعدها من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، مرجع سابق.

مكرر 01 من القانون المدني، وما نصت عليه المادة 883 من نفس القانون المتعلقة بالرهن الرسمي.

ثالثا: أنواع السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية الخاصة

يمكن تصنيف السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية بالنظر لصدفها محررها إلى، سندات توثيقية وإدارية

1- السندات التوثيقية

هي تلك المذكرات التي يقوم الموثق بتحريرها بصفته ضابطا عموميا، وفقا للأشكال والأوضاع المنصوص عليها قانونا، وفي مجال إثبات الملكية العقارية يمكن تقسيمها إلى

أ- العقود التوثيقية

ويتعلق الأمر بكل العقود التي يحررها الموثق بوصفه ضابطا عموميا والتي يكون موضوعها إما إنشاء، نقل، تعديل حق الملكية العقارية الخاصة أو التصريح به، ومثالها البيع ويلحق به الوفاء بمقابل إذا كان المقابل عقارا، المبادلة سواء كانت هذه المبادلة مبادلة عقار بعقار أو منقول بعقار، عقد الهبة، وكذلك عقود الرجوع في الهبة بين الأصول والفروع وأيضا عقود تقديم حصبة عينية في الشركة أو عقد تأسيس شركة بحصص عينية متمثلة في عقار، كما يمكن تصور أي عقد ناقل للملكية، إذا تضمنت بذوده نقلا للملكية ومثاله عقد الزواج الذي يكون فيه المهر عقارا يمنح للزوجة، وعقد المقلولة الذي تكون أجرة المقلول فيه عقارا، كمثال عن العقود الكاشفة عن حق الملكية نشير إلى عقد القسمة سواء تضمن العقد

قسمه عقار إلى حصص بين المتقاسمين أو قسمه تركته يكون نصيب أحد المتقاسمين فيها عقاراً، وعقد الصلح إذا تضمن تنازلاً من طرف لأخر على ملكية عقار.

ب- عقد الشهرة

وهو عقد يعد من قبل الموثق طبقاً للأشكال والأوضاع القانونية، في حدود سلطاته واختصاصه، يتخذ من إثبات اكتساب الملكية عن طريق التقدّم وتسليم استحداثه بموجب المرسوم 352/83 المتضمن من سن إجراء لإثبات اكتساب الملكية بالتقادم وإعداد عقد الشهرة، وذلك كمحاولة لتطهير الوضع العقارية للمناطق التي لم تتم فيها عملية مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. ولأن مسألة اعتبار عقد الشهرة عقداً مدبراً رارس ميا يتخذ من الاعتراف بالملكية لطالبه هي محل خلاف فإنني لم أدرجه ضمن العقود التوثيقية.

ج- الشهادة التوثيقية

وهي شهادة تعد من قبل الموثق وتشهر في مجموعة البطاقات العقارية باسم جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصي لهم على الشيوخ كل بالحصة التي تعد له، وقد استحدثها المشرع بموجب المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص الفقرة الأولى منها على أن "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضد من الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

2- السندات الإدارية

يتعلق الأمر بـ العقود والقرارات الإدارية التي تتخذ من نقلاً للملكية العقارية والتي تعد في شكل عقد رسمي يدره مبرم أملاك الدولة بصفته موثق الدولة و

الجماعات المحلية أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه وليحتج به هذه السندات يجب أن تشهر بالمحافظة العقارية وأن تكون صادرة عن المالك أو بتأريض منه وأن تتضمن تنازلاً عن الملكية العقارية.

ومن أهم السندات الإدارية التي تشكل دليل إثبات للملكية العقارية الخاصة، العقود المدونة من طرف أملاك الدولة المتضمنة التنازل عن أملاك الدولة في إطار القانون 01/81 الم وُرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاسد تعامل السكاني أو المهني أو التجارية أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية وخواص الترقيّة والتسبير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية المعدلة والمتمم¹ والملغى بالمادة 40 من القانون 06/2000 الم وُرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001²، وكذلك العقود المتضمنة التنازل عن أصول المؤسسات العمومية المنطّقة لفائدة العمال الأجانب في إطار المرسوم والتنفيذ رقم 294/94 الم وُرخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفية إحلال وتصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري³، وأيضاً العقود المتضمنة إرجاع حقوق الملكية للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية المؤممة في إطار الأمر 73/71 المتعلق بثورة الزراعية اسد تناداً للأمر 26/95 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري. ويمكن الإشارة أيضاً للعقود المدونة في إطار الاحتياطات العقارية البلدية المتضمنة التنازل بمقابل عن قطع الأراضي الصالحة للبناء الموجهة في التجزئات على سبيل التسوية على أساس المادة 86 من قانون التوجيه العقاري.

¹ - القانون 01/81 الم وُرخ في 1981/02/07 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاسد تعامل السكاني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقيّة والتسبير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 06، سنة 1981.

² - القانون 06/2000 الم وُرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 80، سنة 2000.

³ - المرسوم والتنفيذ رقم 294/94 الم وُرخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفية إحلال وتصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 63، سنة 1994.

و بالإضافة إلى السندات السابقة ذكر هذا أيضا إلى دفتر العقاري الذي يدرجه المدافظ العقاري ويسلمه لمالك العقار بمناسبة الإجراء الأول عقب التقييم النهائي للعقارات المسدوحة، طبقا للمادة 18 من الأمر 74/75. وكذلك سند الملكية الذي يعده المدافظ العقاري عقب إشهار مقرر التقييم العقاري طبقا للمادة 21 من المرسوم والتنفيذ ذي 147/08 المتعلق بعملية التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية

يمكن أن نشير أيضا إلى سندات الملكية المسدوحة في إطار القانون 18/83 المورخ في 18/08/1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية والمرسوم التنفيذي ذي 724/83 المورخ في 10/12/1983 المطبق له¹، وكذلك المرسوم والتنفيذ ريعي رقم 12/93 المورخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاسثمار² الملغى بالأمر 03/01 المورخ في 20/08/2001³، وكذلك المرسوم والتنفيذ ذي رقم 289/92 المورخ في 06/07/1992 المدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحرانية في المساحات الإصلاحية المطبق للمادة 19 من قانون التوجيه العقاري، وتتضمن القوانين السابقة الذكر كيفية التنازل عن الملكية العقارية للدولة لغرض استثمارها أو استثمارها⁴.

الفرع الثاني: الأحكام و القرارات القضائية

ويقصد بها الأحكام و القرارات القضائية الدائنة على حجية الشيء المقضي فيه والتي تقضي بإنشاء أو بالكشف أو بتقرير حق الملكية العقارية لأحد أطرافها

¹- المرسوم والتنفيذ ذي 724/83 المورخ في 10/12/1983 يحدد كيفية تطبيق القانون 13/83 المورخ في 13/08/1983 والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

²- المرسوم والتنفيذ ريعي 12/93 المورخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الاسثمار، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 46، سنة 1993.

³- الأمر 03/01 المورخ في 20/08/2001، المتعلق بتنظيم ويران الاسثمار، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 2001.

⁴- ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 136.

أو بتعديلهذا الحق أو انقضاءه أو إبطال السند المثبت له ومثاله الأحكام أو القرارات القضائية بإثبات اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب، وتلك المتعلقة بإثبات اكتساب العقود العرفية لتاريخ ثابت قبل 1971/01/01، وكذلك الأحكام والقرارات المثبتة لصحة المعاملات العقارية كالبيع والهبة أو المثبتة لحق الشفعة أو تلك التي تقضي بإنهاء حالة الشيوع في الملكية العقارية.

وتشترط المادة 29 من قانون التوجيه العقاري شهري سند مثبت للملكية العقارية الخاصة ليدتجبه كدليل إثبات، لذا فإن الأحكام والقرارات القضائية التي تشهد كل حجة في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة تخضع بدورها للإلزامية الشهر في مجموعة البطاقات العقارية، ولأجل هذه الغرض قضت المادة 90 من المرسوم 63/76 بأنه يتعين على كاتب الضبط إتمام إجراء قيدها في مجموعة البطاقات العقارية.

والأصل أن القانون لا يفرض أن تصب في شكل عقد موثق حتى يتم شهريها إلا أنه إذا لم تتوافر على كل المعلومات التقنيّة المتعلقة بالعقار فإن المدافع العقاري يرفض شهريها استنادا إلى تعليمات وزارية صدرت عن وزارة المالية سنة 1995 تنص على أن مثل هذه الأحكام والقرارات تعامل معاملة العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 وبالتالى يتعين إفراغها في شكل عقد وثيقي حتى تشهر¹.

الفرع الثالث: السندات العرفية

يشترط القانون في السندات العرفية أن تتوافر على شروط عامة لتقبل كدليل إثبات بصفة عامة وأخرى خاصة متى تعلّق الأمر بإثبات الملكية العقارية لـ إذا

¹ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 58.

سأخصص هذا الفرع لتعريف السند العرفي و شروط صدقته ثم لحجته في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة.

أولاً: تعريف السند العرفي

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً للسند العرفي، ويمكننا أن نورد بعض التعريفات التي وضعت له، ومنها أن " الورقة العرفية هي سند مدع للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون دون تدخل الموظف العام".¹

وفي تعريف آخر نجد أن المدبرات العرفية هي " تلك التي يحررها أصحاب الشأن بغير أن يتدخل موظف عام في تحريرها"، وهي إما أن يكون الغرض منها تهيئة دليل إثبات على التصرف بمناسبة إنشائه ومن ثم فهي تحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه، وتعد دليلاً كاملاً على من تحمل توقيعها ما دام لا ينكرها ومنسوب إليه من توقيع، وإما ألا يقصد من تحريرها أن تكون دليل إثبات وهو ما يفسد عدم توقيعها من أصحاب الشأن في غالب الحالات شأن الدفاتر التجارية والأوراق المنزلية وهذه وإن كانت لا ترقى إلى مستوى دليل الكامل إلا أن القانون لم يجردها من كل قوتها في الإثبات.²

كما عرف المدبر العرفي بأنه " مدرر مدع بغرض إثبات تصرف قانوني وذلك دون تدخل موظف عام بصفته هذه وموقع من أطرافه".³

والملاحظ أن المشرع الجزائري تطرق للعقد العرفي في المواد 327 وما بعدها من القانون المدني وقد اسد تعمل بالمقابل في النص الفرنسي مصطلح acte للدلالة على العقد في النص العربي في حين أن الأصح أن كلمة acte يقابلها

¹ - يحي بكوش، مرجع سابق، ص 126.

² - نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 219.

³ - Jean-Louis Mouralis, Op.Cit.,P 32.

مصد طلح سند أو مدرر، وأن الترجمة الفرنسية الصريحة لكلمة عقد العريية هي كلمة *contrat*.

ثانيا: شروط صحة السند العرفي

من خلال استقراء نص وص القانون المدني المتعلقة بالعقد العرفي نجد أن المشرع قد حدد شروطاً لصحة العقد العرفي ولاكتسابه للحجية، وقد نصت المادة 327 منه على ما يلي "يعتبر العقد العرفي صائداً ممن كتب أو وقع أو وضع بصمة إصبعه عليه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته فيكفي أن يحلفوا يميناً أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو ولمن تلقوا منه هذا الحق".

ولذلك فإن السند العرفي لا يتطلب بشكلية معينة لإعادته والعنصر الوحيد المتطلب فيه هو التوقيع عليه، وأنه ليس بالضروري أن يتولى الأطراف المتعاقدين تحرير السند العرفي بأنفسهم كما لا يشترط كتابته باللغة العربية أو بخط اليد كما لا تنطبق على هذا السند القواعد الخاصة بتحضير الأوراق الرسمية وتهميشها وتذييلها وعليه تعتبر الكلمات المشطوبة ملغاة عند تحرير الورقة مالم يتبين أن التشطيب وقع بصفة تدليسية أو نتيجة لحدث خارج عن إرادة الأطراف أما الكلمات المحشورة بين السطور فتعتبر صريحة والمحكمة سلطة تقديرية إذا كانت مدلسة¹.

وإذا كان القانون لا يشترط لصحة الورقة العرفية تأريخها فإنها لا يشترط أن يكون لها تاريخ ثابت لتصبح لها حجية في مواجهة الغير عملاً بالمادة 328 من القانون المدني، كما لا يشترط في الورقة العرفية ذكر المكان الذي حدثت فيه و

¹ - يحي بكوش، مرجع سابق، ص 127.

مع ذلك قد يسد توجب القانون تاريخ و ذكر مكان تحرير بعض المذكرات العرفية كالسفتجة و الشيك و السند للأمر، غير أن عدم القيام بذلك لا يترتب عليه البطلان¹.

ثالثا: حجية السندات العرفية في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة

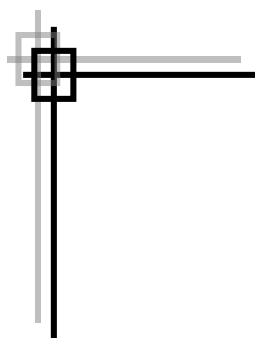
و بالنسبة لحجية السندات العرفية في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة فإنه يجب التمييز بين السندات الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 فهذه تعد مقبولة كدليل إثبات للملكية العقارية الخاصة إذ لم يكن المشروع يشترط لأجل ذلك الشكلية الرسمية، إلا أنه وبعد صدور قانون التوجيه العقاري وعمالا بالمادة 29 منه أصبح من اللازم إفراد هذه السندات العرفية في شكل رسمي وشرها في مجموعة البطاقات العقارية ليدتج بها كدليل في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة، وهي معفاة من شرط الشهر المسبق حسب نص المادة 89 من المرسوم 63/76، أما السندات العرفية الغير ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 فهي تعد باطلا لتخلف ركن الشكلية الرسمية فيها و بالتالي لا يمكن أن يدتج بها لإثبات الملكية العقارية الخاصة عملا بالمادة 12 من الأمر 91/71 ثم بنص المادة 324 مكررا 01 من القانون المدني.

¹ - نفس المرجع، ص 128، 129، 130.

خلاصة

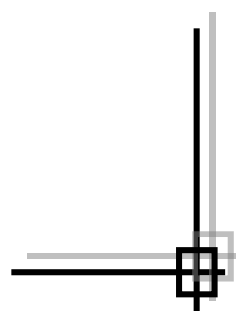
تعدد دوى الاستحقاق أهم سبل حماية حق الملكية، وهي تتميز عن غيرها من دعاوى الملكية بأنه يتعين على رافعها إثبات صفة كمالك تحت طائلة عدم قبول دعواه. ويخضع الإثبات في دوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة للقواعد العامة للإثبات في دوى الاستحقاق بوجه عام إلا أنه وبالنسبة لرق الإثبات فإن المشرع قيد من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته بشرطي توافر الرسمية والشهر.

ويمكن تلخيص السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري فيما يلي، السندات الرسمية، وتضم السندات التوثيقية والسندات الإدارية، الأحكام والقراءات القضائية، وأخيرًا السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01.



الفصل الثاني

دور الرسمية في التصرفات النافذة للملكية العقارية الخاصة



الفصل الثاني: دور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة

بعد الاسد تقلال م دد المشد رع الجزائري تطبيق أحكام القانون الفرنسي التي لا تمس بالسيادة الوطنية، وذلك إلى غاية إصدار نصوص قانونية جزائية وقد طبق القضاء الجزائري القانونين الفرنسيين الساريين المفعول أثناء تعامله مع القضاء المتعلقة بإثبات الحق في الملكية العقارية الخاصة إلى أن أصدر المشد رع عدة نصوص قانونية تعلق بتتظيم هذا الصنف من أصناف الملكية وقد كان أهمها ما تعلق بأشواط الشكليات الرسمية في إبرام التصرفات الناقلة لها، غير أن موقف القضاء من هذه النصوص وطريقة تطبيقه وتفسيره لها اتسم ببعدهم الاسد تقرار لأسد باب مختلفة، ولمدة طويلة إلى أن تم حسمه من طرف المحكمة العليا بموجب اجتهاد قضائي صدر عن غرفته المجتمعة بتاريخ 18/02/1997، وعليه سوف أخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة تطوّر التشريع المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، ثم أدرس في المبحث الثاني تطبيق القضاء للنصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع من خلال تحليل ما اطلعت عليه من قرارات قضائية

المبحث الأول: تطور موقف المشرع

م دد المشرع الجزائري تطبيق أحكام القانون الفرنسي التي لا تمس بالسيادة الوطنية ومنها ما يتعلق بمسألة إثبات الملكية بوجه عام إلى غاية صدور قانونين جزائريين ثم وبموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بمهنة التوثيق قام بفرض الرسمية كركن في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية، وخلال سنة 1975 أصدر الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني والأمر 74/75 المتعلق ببيع داد مساح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي تلاه المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. وقد تبين موقف القضاء بشأن تطبيق المادة 12 من قانون التوثيق مما دفع المشرع إلى حسم موقفه بالنسبة لهذه المسألة بمناسبة تعديل القانون المدني سنة 1988، وإصدار قانون التوجيه العقاري سنة 1990. وبناء على تحليل هذه النصوص يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: المرحلة الممتدة من 1962 إلى 1975

أصدر المشرع غداة الاستقلال القانون رقم 157/62 الذي نص على تمديد تطبيق القوانين الفرنسية إلى غاية 1962/12/31 باستثناء ما يمس بها بالسيادة الوطنية¹.

وعليه فإن أحكام القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتنظيم الملكية العقارية الخاصة استمرت تطبيقها في الجزائر إلى غاية صدور الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الذي تناول موضوع الرسمية وعلاقتها بنقل الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بموجب نص المادة 12 منه.

¹ - loi n°62-157 du 31/12/1962, tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31/12/1962, République algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.

الفرع الأول: تمديد تطبيق التشريع الفرنسي

القانون الفرنسي بصدوره عامة وبصفة خاصة القانون المدني لم يتخذ من أية نص وص تحكم موضوع إثبات الملكية سواء العقارية أو المنقولة مما دفع بالقضاء والفقه إلى وضع نظام خاص بإثبات الملكية، وهو مما أسد أبينه فيما يلي مع توضيح دور الشكلية الرسمية في إثبات الملكية العقارية حسب هذا النظام.

أولاً: غياب قواعد خاصة بإثبات الملكية في القانون الفرنسي

لم يتخذ من القانون المدني الفرنسي نصاً خاصاً بإثبات الملكية واكتفى بالإشارة في المادة 1350 الفقرة 1⁰² إلى التقادم دون تسميته كقرينة قانونية على وجود هذا الحق، وعليه فإن مسألة إثبات الملكية تحكمها القواعد العامة في الإثبات، غير أنه ونظراً لخصوصية الإثبات فيما يتعلق بالملكية العقارية فإن القواعد العامة لم تكن كافية لتقديم الدليل الكامل والكافي لإثبات هذا الحق مما دفع القضاء والفقه الفرنسيين للتدخل في هذا الإشكال وقد نجح القضاء الفرنسي في إرساء نظام خاص بإثبات الملكية العقارية، سواء فيما يتعلق بعبء الإثبات أو بوسائله أو بكيفية توظيف هذه الوسائل².

ويرجع هذا الفراغ في القانون المدني الفرنسي إلى كونه لا يتخذ من إطلاقاً قواعد لإثبات الحق مباشرة، بل ينظم فقط قواعد إثبات مصدر الحق سواء كان واقعة أو تصرفاً قانوني، وهو مما يجعل الإثبات بالنسبة للملكية العقارية ينفرد بخاصية عدم إمكانية تقديم الدليل الكافي والقطعي فإذا أثبت شخص أنه تملك حقاً معيناً عن طريق التعاقد أو الميراث كان عليه إثبات أن من نقل إليه الملكية قد

¹- " Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées"

²- Patrice Jourdain, Op. Cit., P 275.

اكتسبها من مالك قبله وهكذا إلى ما لا نهاية وهو ما يجعل الإثبات مستحيلا أو كما يعبر عنه باللاتينية *probatio diabolica*.¹

ولا يتسع المجال لدراسة النظام الذي أرساه الفقه والقضاء الفرنسيين فيما يخص إثبات الملكية العقارية لـ إذا ساقطت على ما يتعلق منه بإشكالية دور الشكالية الرسمية في هذا المجال.

ثانيا: مكانة السند الرسمي كدليل على الملكية

تجدر الإشارة بداء إلى أن القضاء الفرنسي قد أكد أن الملكية تثبت بجميع طرق الإثبات، سواء كانت ملكية عقارية أو منقولة، لذا فكل طرف في الدعوى أن يحتج بأي من أدلة الإثبات المتاحة له، وهنا تطرح إشكالية تنازع الأدلة.²

1 فإذا كان التنازع بين السند والحيازة فإن الحق في الملكية يثبت للدائن إذا كانت حيازته قد استوفت شروط اكتسابه للملكية عن طريق التقادم فإذا لم يكن الأمر كذلك فإن القضاء الفرنسي يرجح الدليل الأقدم سواء كان الحيازة أو السند.

2 إذا حدث أن تقدم كل طرف في الدعوى بسند مكتبي، فهذا ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أن السند الأسبق في الشهر أفضل من غيره عدا في حال سوء النية، فإذا لم يصدر السندان من نفس الشخص فقد اتجه القضاء إلى ترجيح السند الذي يفيد الملكية الأكثر مصداقية وليس بالضرورة أن يكون السند الأقدم.

3 إذا تقدم أحد الأطراف بـ دليل مكتبي في حين لم يتمكن خصمه من تقديم أي دليل فإن الحق يثبت لصاحب السند.³

¹ - François Terre, Philippe Simler, Op. Cit., P 391.

² - Sophie Schiller, Droit des biens, Dalloz, Paris, 2003, P 133.

³ - Sophie Schiller, Op.Cit., P, 137, 138, 139.

والملاحظ أن القضاء الفرنسي في ظل غياب نص وص قانونية تعالج موضوع إثبات الملكية العقارية الخاصة لم يجعل من الدليل الكتابي بصفة عامة والدليل الرسمي بصفة خاصة دليلاً قاطعاً على الحق في الملكية بل ولم يجعل من الكتابة أو من الرسمية سبباً لتفضيل السند الكتابي أو الرسمي على غيره من الأدلة التي يمكن أن يتنازع معها.

وقد أكد القضاء الفرنسي في تحليله لنص المادة 1582 من القانون المدني أن عقد البيع ينعقد حتى ولو لم يتم إفراغه في سند كتابي مؤيداً بذلك رأي الفقه في أن نقل الملكية يتم مباشرة عند إبرام العقد، وقد جاء في قرار غرفة العرائض المؤرخ في 1898/11/21 وقرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض الصادر في 1930/07/17 أن "عقد البيع يتم بمجرد توافقه إرادتي الطرفين ولو لم يفرغ في سند مكتوب".

كما ذهبت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 1930/12/09 إلى أن "البيع المفرغ في سند عرفي هو بيع صحيح طالما توافقت إرادتي الطرفين على الشيء المبيع والتمن بغض النظر عن إفراغه هذه الإرادة لاحقاً في عقد وثيقي".¹

وتطبيقاً للقانون 157/62 تم تمديد سريان أحكام المرسوم والمؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بالشهر العقاري، الذي ينص في مادته الرابعة على أنه "كل عقد يدون موضوع شهر عقاري يجب أن يقر في شكل رسمي"، وقد ذهب البعض في تفسيره لهذا النص إلى القول بأن القانون أصبح يشترط إفراغ كل العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان.

¹- Nadia Younsi Haddad, L'acte sous seing privé et les transactions immobilières, commentaire de l'arrêt du 18 février 1997 cour Suprême, toutes chambres réunies, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, V° 35, N° 04, Dar al hikma, Alger, 1997, P 1149, 1150.

غير أن هـذا الرأي لم يتم اعتماده على أساس أن الشكلية اشترطت لحد ما أن يتم الشهر بأحد ن طريقتين، وأن هـذا الأخير إيجاباً لمرر لمصلحة الغير، كما أن المادة الرابعة لم تشترط وجوب إفراغ العقد في شكل رسمي إنما اشترطت في العقد موضوع الشهر أن يقدم في شكل رسمي، وأن قاعدة التصرف الرسمي " la regle de l'acte authentique " لا يتم أعمالها إلا إذا كان هذا التصرف واجب شهره.

و تأكيداً لهـذه القاعدة صدر مرسـوم بتاريخ 14/10/1955 معـدل للمرسـوم السابق الذكر، جاء فيه أن العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 31/12/1955 لا يمكن شهرها إلا إذا تم إفراغها في شكل رسمي¹.

الفرع الثاني: صدور الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق

صدر الأمر 91/70 لأسباب وفي ظل ظروف تاريخية معينة، وبموجبه أعطى المشـرع الجزائري للشكلية الرسمية دوراً في مجال إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة، لـذا أرى قبل التطرق للكيفية التي عالج بها الأمر 91/70 هذه المسألة ضرورة إلقاء الضوء على الظروف المحيطة بصـدوره.

أولاً: الظروف التي صدر فيها الأمر 91/70

تسببت معـالجة الأغلبية السـاحقة للمـوثقين للأراضي الجزائرية غـداة الاستقلال في انخفاض كبير في عدد المعاملات العقارية، ورغم اتخاذ وزارة العدل لإجراءات تحفظية خاصة بالأرشيف، إلا أن الدراسات التوثيقية بقيت مغلقة لانهدام المـوثقين المـؤهلين، حيث أشـارت الإحصائيات التي أجرتها غرفة المـوثقين سنة 1969 إلى أن عددها لم يتجاوز 19 ملفاً لمجـوع التراب الوطني

¹ - Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P, 1148, 1149.

وقد تأزمت الوضعية بسرعة واتجهت نحو الانسداد مما أجبر الإدارة على تكليف الموثق الواحد بدعوة دراسات، كما تم تكليف كاتب الضبط بإعداد بعض العقود التوثيقية ذات تلك المتعلقة بالبيع العقاري، واستمر الوضع كذلك إلى غاية سنة 1970 أين أصدر المشرع الأمر 91/70 المتخذ من تنظييم مهنة التوثيق، الذي قضى أن الموثق موظف تابع لوزارة العدل وليس ضابطاً عمومياً يعمل لحسابه الخاص. كما حدد لأول مرة التصرفات التي يجب أن تدرج في شكل رسمي، غير أن العدد الضعيف للدراسات المفتوحة لم يكن كافياً للاستجابة للطلب القوي المقدم آنذاك مما تسبب في تأخير معتبر¹.

هذا ونشير إلى أنه سبق للمشرع قبل إصداره للأمر 91/70 أن أصدر عدة نصوص قانونية تهدف بالأساس إلى تنظيم وتقييد حرية المعاملات العقارية وحماية الأملاك الشاغرة سبق الإشادة إليها في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة ليضيق بموجب الأمر 91/70 قيداً جديداً على حرية إرادة الأشخاص في إبرام العديد من التصرفات القانونية ومن بينها المعاملات العقارية عندما فرض إبرامها في شكل رسمي وذلك بموجب المادة 12 منه التي نصت على ما يلي "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو مدلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود زراعية أو تجارية أو عقود تسير المدلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تدوينها في بطاقتين أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

¹ - Nadia Younsi Haddad, Op Cit, P 1157.

ثانيا: تكييف الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70

تعد الشكلية المقررة بموجب نص المادة 12 من الأمر 91/70 شكلية انعقاد يترتب على تخلفها عدم قيام العقد وهو ما يدل عليه صريح العبارة المسدعة من طرف المشرع في هذه المادة "..... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن للموثق".

وقد شد كل الأمر 91/70 منعطفا حاسما في مجال إثبات الملكية العقارية، طالما أوجبت المادة 12 منه إفراغ جميع العقود التي تتخذ من نقل عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان المطلق، ومنه لم يعد من الممكن الاحتجاج بأي ورقة عرفية كدليل على إثبات تصرف واقع على حق الملكية أو غيرهما من الحقوق العينية العقارية طالما أن الأوراق العرفية المتضمنة لمثل هذه التصرفات القانونية تعد باطلة بطلانا مطلقا تطبيقا لنص المادة 12 السابقة الذكر.

ورغم صراحة نص المادة 12 من قانون التوثيق إلا أن الشكلية المقررة بموجب كشرط لإبرام العديد من العقود كانت محل اختلاف فيما يتعلق بالنفسير القانوني لها، لذا ولدواعي اجتماعية وسياسية تم إصدار تعليمة رئاسية غير منشورة بتاريخ 1976/06/30 تتعلق ببيع الأراضي لتتمس من المداكم القضاء بصحة المعاملات العقارية العرفية المبرمة قبل 1974/03/05، وهو التاريخ الذي يبدأ فيه سريان الأمر المؤرخ في 1971/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية، وصراف الأطراف أمام الموثق لتصبح عقودهم إذا كانتوا قد تعاقدوا في صورية عرفية وتم تسليم المبيع وقبض الثمن وفي حال عدم القيام بذلك فإن الحكم القاضي بصحة التصرف والذي يبلغ عن طريق كتابة الضبط للمجلس الشعبي البلدي المعني يعتبر في مقام العقد الرسمي¹. وبغض النظر عن الإشكال الذي

¹- Ghanima Khiar née Lahlou, Commentaire de l'arrêt du 18 février 1997 cour Suprême, toutes chambres réunies, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, Dar al hikma, V° 35, N° 03, Alger, 1997, P 751.

تطرحه التعليمات السابقة الذكر فيما يتعلق بدرجة الوانين وعن كونها مطبقت من طرف القضاء خرقا لنص المادة 12 من الأمر 91/70، فإن هذه التعليمات تم تبريرها بدواعي العدالة الاجتماعية، وتم حصر مجال تطبيقها على العقود المبرمة قبل 1974/03/15¹.

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1975 إلى اليوم

أصدر المشرع القانون المدي الجزائي بموجب الأمر 58/75، لينتهي بذلك عهد تمديد تطبيق نظيره الفرنسي، وفي نفس السنة أصدر أيضا الأمر 74/75 تمهيدا للاحترام الشامل للشخصية الموروثة عن الادتلال، إلا أن صدور هذين القانونين فتح المجالا واسعا للاختلاف بشأن دور الشكلية الرسمية في مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة، وهو ما استدعى تدخل المشرع من جديد لتنظيم هذه المسألة وحسم الخلاف بشأنها عند تعديله للقانون المدي بموجب القانون 14/88 وإصداره للقانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

الفرع الأول: الفترة الممتدة من 1975 إلى 1988

تميزت هذه الفترة بإصدار المشرع الجزائي، الأمرين 58/75 و 74/75 المتعلقة على التوالي بالقانون المدي، وبإصدار مساح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

¹ - Ghanima Khiair née Lahlou, Op.Cit., P 751.

أولاً: صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني

نظم الأمر 58/75 الم وُرخ في 26/09/1975 المتضد من القانون المدني، في المادة 54 وما بعدها الشروط المتعلقة بالعقد بصفة عامة، ونظم في المواد 351 وما بعدها عقد البيع بصفة عامة، وفي المادتين 792، 793 شروط نقل ملكية العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى بصفة خاصة، وقد نصت المادة 792 على ما يلي " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية ".

بينما نصت المادة 793 على ما يلي " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة شهر العقار "

ولم يورد المشروع الجزاءري أي نص مماثل للمادة 12 من قانون التوثيق يوجب إفراغ العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية الأخرى في شكل رسمي، كما لم يتضمن نصاً يعتبر الشكلية الرسمية ركناً في عقد البيع الدوار على عقار أو على حق عيني عقاري، إلا أنه في نفس الوقت لم يتضمن نصاً يخالف نص المادة 12 من الأمر 91/70 أو يلغيه صراحة أو ضمناً.

ثانياً: تبني نظام الشهر العيني

كما سبق الإشارة إليه فقد تبني المشروع الجزاءري نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75، وقد نصت المادة 15 منه على أن " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشرهما في مجموعة البطاقات العقارية"، وأضافت المادة 16 منه أن " العقد

الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو انقضاء حق عيني لا يكون له أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، و بذلك يكون المشرع أكد دماً سبق أن نصت عليه المادتين 792، 793 من القانون المدني وقد أضف قيدها آخر على حرية الإثبات في المادة العقارية عندما ألزم أصحاب الحق والعينية العقارية بقيدها أو بالأحرى قيد السندات المثبتة لها في مجموعة البطاقات العقارية لتكون حجة بين أطراف الحق وفي مواجهة الغير، و تطبيقاً للأمر 74/75 أصدر المشرع المرسوم والتنفيذ 63/76 الذي ربط الشكلية الرسمية بشكلية الشهر العقاري وجعل الأولى شرطاً لقبول الثانية فنصت المادة 61 منه على ما يلي " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على شكل رسمي ".

و هكذا يكون المشرع بتبنيته نظام الشهر العيني قد جعل من الشكلية الرسمية بضرورة غير مباشرة شرطاً لإثبات الملكية العقارية طالما جعل منها شرطاً لقبول قيد السندات المثبتة للحقوق العينية العقارية في مجموعة البطاقات العقارية، وجعل من القيد شرطاً لاكتساب هذه السندات الحجية بين أطرافها وفي مواجهة الغير، كما جعل من الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة المقبولة لإثبات الملكية العقارية في المناطق التي خضعت لعملية مسح الأراضي عملاً بالمادة 19 من الأمر 74/75 التي نصت على ما يلي " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر الذي يشكّل سند ملكية"، وقد سبق أن أشارت المادتين 32، 33 من المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة إلى استبدال شهادات الملكية المحدثة بموجب إثباتات الملكية الخاصة على أرض زراعية أو معدة للزراعة أثناء تطبيق الثورة الزراعية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام لأراضي البلاد وأن هذه الأخيرة سوف تشكل المنطلق الجديد والوحيد لإثبات الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الثاني: الفترة الممتدة من 1988 إلى اليوم

كان عدم توافر القانون المدني على نص مماثل للمادة 12 من الأمر 91/70 أو على نص يلغيه، سببا رئيسيا في تمسك العديد من الجهات القضائية بموقفها الذي اعتبرته أن الشكلية الرسمية المقررة كقيد على إبرام العقود المذكورة بالمادة 12 السابقة الذكر، ليست شكلية انعقاد وهو الأمر الذي دفع المشروع إلى التدخل لأجل حسم موقفه بالنسبة لهذا الموضوع وبمناسبة تعديل القانون المدني، ثم بمناسبة إصداره لقانون التوجيه العقاري.

أولا: صدور القانون 14/88 المعدل للقانون المدني

أكد المشروع ما سبق أن نص عليه بموجب المادة 12 من قانون التوثيق عند ما أدرج مضمون هذا النص ضد من أحكام الفصل الأول المتعلق بالإثبات بالكتابة من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من القانون المدني وذلك في المادة 324 مكرر 01، وهذا بموجب القانون 14/88 المعدل للقانون المدني، وقد جاء نص هذه المادة كما يلي "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حق عقاري أو مدالات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسير مدالات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسدة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأم والنتيجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المدبر للعقد"، ويتبين من صياغة نص هذه المادة المطابق لنص المادة 12 من قانون

التوثيق أن الشكلية الرسمية المقررة بموجبها تعد شكلية انعقاد يترتب على تخلفها بطلان التصرف المتضمن نقل للملكية العقارية بطلاناً مطلقاً.

ثانياً: صدور القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري

تطرق المشروع ضد من أحكام قانون التوجيه العقاري للشكلية الرسمية في نص المادة 29 من المذمة التي نصت على ما يلي "يثبت الملكية الخاصة للأشخاص العقاريّة والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري" وهكذا يكون المشروع قد قيد إثبات الملكية العقارية الخاصة بضرورة تقديم سند كتابي مشهور وهادئ سواء تعلق الأمر بالعقارات الواقعة في المذمات الممسوحة أو تلك الواقعة في مذكات لم تخضع بعد لعملية المسح التي يكون نظام الشهر المطبق على الأراضي الواقعة بها هو نظام الشهر الشخصي، وقد أغلق نص المادة 29 السابق الذكر الباب صراحة أمام إمكانية إثبات الحق في الملكية العقارية الخاصة بطرق الإثبات الأخرى.

كما نصت المادة 56 من قانون التوجيه العقاري على ما يلي "كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 باطلة وعديمة الأثر" وبالرجوع للمادة المدال عليه مانج دأنها تنص على أنه "تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقد ورسميّة....."، وبهذين النصين أكد المشروع أن الرسمية ركن يترتب على تخلفه بطلان أي معاملة موضوعة لها أرض فلاحية أيما كانت طبيعة هذه المعاملة، سواء انصبت على التصرف في حق الملكية أو كانت معاملة إيجار أو رهن أو غيرها من المعاملات، وعليه يكون المشروع قد توسع في اشتراط الشكلية الرسمية بالنسبة للتصرفات الواردة على عقارات فلاحية أكثر مما نص عليه في المادة 324 مكرّر 01 من القانون المدني التي اقتصرت على

التصرفات الناقلة للملكية أو غيرها من الحقوق العينية العقارية، وعلى الإيجارات الزراعية دون غيرها من التصرفات.

المبحث الثاني: تطور موقف القضاء

تطور موقف القضاء من مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة بصفة عامة والتكييف القانوني للشكليات الرسمية المشترطة في إبرام التصرفات الناقلة لها بصفة خاصة بحسب تطور موقف المشرع من نفس الموضوع، بحيث التزم بتطبيق القانون وكذا ما توصل إليه القضاء الفرنسيين إلى غاية صدور الأمر 91/70، فاتجه إلى تطبيق المادة 12 منه غير أنه لم يستقر بشأن تفسير هذه المادة خاصة بعد صدور القانون المدني الذي لم يتضمن نصاً مماثلاً لها أو يلغيها صراحة أو ضمناً. استمر الأمر كذلك حتى بعد تدخل القانون المدني وإدراج مضمون المادة 12 السابقة الذكر ضمن المادة 324 مكرراً 01 منه وبعد صدور قانون التوجيه العقاري وهو ما استدعى تدخل المحكمة العليا التي أصدرت قراراً عن جميع غرفها يضع حداً للاختلاف القائم بشأن هذه المسألة.

المطلب الأول: المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1988

في هذا المطلب سأتطرق لما اتبعه القضاء الجزائري بشأن تطبيق النص الفرنسي الذي بقيت سارية المفعول، وكذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في موضوع إثبات الملكية العقارية الخاصة ودور الرسمية فيه ثم لتعامله مع نص المادة 12 من الأمر 91/70، والتفسير القانوني الذي أعطاه لنص هذه المادة.

الفرع الأول: الفترة السابقة لصدور قانون التوثيق

من خلال ما اطلعت عليه من قرارات القضاء الأعلى المتعلقة بهذه الفترة يمكن استخلاص موقف القضاء الجزائري من تطبيق أحكام القانون المدني الفرنسي

وكذا ما اتوصل إليه الفقه والقضاء الفرنسيين بالنسبة لإثبات الملكية العقارية الخاصة ولدور الرسمية في ذلك

أولاً: موقف القضاء الجزائري من تطبيق القانون المدني الفرنسي

طبق القضاء الجزائري نفس المبادئ المقررة بموجب القانون المدني الفرنسي، عندما عترف بحجية العقد العرفي في البيوع العقارية¹، وفي هذا الشأن يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى بتاريخ 1988/06/29، رقم الملف 45689، رقم الفهرس 415، الذي جاء في حيثياته "حيث يسفاد من وقائع القضية والقرار المنتقد أن البيع العرفي تم بتاريخ 1969/03/04 أي في ظل القانون المدني القديم الذي يجيز الإثبات بمثل هذه العقود وهو ما فعله قضاء الموضوع هذا محققين إذ أجروا تحقيقاً حسب محضر التحقيق المدون يوم 1983/08/22 تبين له من خلال سماعه البائع وتوفر أركانه، فقضى وأبصد حته مطبقين بذلك القانون تطبيقاً سليماً ومراعياً التعليق الكافي..."²، وفي هذا القرار المتعلق بصحة عقد عرفي يتضد من بيع عقار يلاحظ كيف أن قضاء المجلس الأعلى أقروا بأن تطبيق قضاء الموضوع لأحكام القانون المدني القديم- في إشادة للقانون الفرنسي - على العقد المبرم في 1969/03/04 تطبيقاً سليماً للقانون باعتبار أنه القانون الساري المفعول عند تاريخ إبرام العقد

وكذلك نجد القضاء الأعلى في الجزائر يشير في عدة قرارات بصورة غير مباشرة إلى تطبيق أحكام القانون المدني الفرنسي، وذلك عندما يقرر بأن القانون الجزائري لاحق لتاريخ الوقائع موضوع النزاع، ثم يقضي بما ينص عليه القانون المدني الفرنسي دون الإشارة صراحة إليه، ومن أمثلة هذه القرارات نجد القرار

¹ - Nadia Youmsi Haddad, Op.Cit., P 1148.

² - تطبيقاً قضائياً في المادة العقارية، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1995، ص 32.

الصادر في 1990/11/19 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، ملف رقم 61783، رقم الفهرس 1049، جاء فيه، "حيث أن قضية المجلدات تأكدوا بأن العقد العرفي المؤرخ في 1970/09/09 يشكك في النظر القانوني التزامات بين الطرفين وأنهم ما ينفذونها وخاصة أن الطرفين لم يناقشا تاريخ هذا العقد ومن ثم فهو ثابت من قبل تسجيله، وحيث أن قضية المجلدات ناقشا قانون التوثيق وقانون الاحتياطات العقارية، وتوصلوا إلى أنهم لا يطبقان على النزاع القائم بين الطرفين لأنهم ما صدر بعد هذا الاتفاق في الأول في سنة 1970 والعمل به وقع في 1971/01/01 أما الثاني في السنة 1974 والعمل به وقع في 1974/03/05 مما يجعل الاتفاق الواقع بين الطرفين صحيح وأن البائع ملزم بإتمام هذه المعاملة حتى يتم نقل الملكية وفقا للقانون..."¹، وفي هذا القرار نلاحظ أن قضية المحكمة العليا أشد إروا إلى أن عقد البيع العرفي المؤرخ في 1970/09/09 لا يخضع لأحكام الأمرين 91/70 المتعلق بالتوثيق و 26/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية اللاحقة لإبرامه مطبقين في ذلك القواعد العامة المتعلقة بسريان القوانين من حيث الزمان فاسد تبعوا تطبيق أحكام القانونين 91/70 و 26/74 على وقائع الدعوى إعمالا لمبدأ عدم سريان القوانين بأثر رجعي، ثم أقرروا بعد ذلك بصحة العقد العرفي المدّعى به، وهو ما يفيد تطبق عليهم أحكام القانون المدني الفرنسي الذي يقرر للبديع العرفية بالحجية والذي كان ساري المفعول عند تاريخ إبرام العقد العرفي محل النزاع.

وفي نفس السياق أصدرت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا قرارا بتاريخ 1990/03/21 رقم الملف 58597 رقم الفهرس 334 جاء فيه حيثياته ما يلي "... وأما فيما يخص المادة 713 من القانون المدني المثارة فإنها في غير محلها لأن القانون المدني الجديد قد صدر في 1975/12/26 بدون مفعول رجعي بينما أشد راء المستأنف عليه مناب بوجهر قد تم في 1959/12/18....."².

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 38.

² - نفس المرجع، ص 44.

و بشأن العقد الرسمي فإن أحكام القانون المدني الفرنسي تنص على أنه متى كان العقد الصادر من ضابط عمومي يدوياً منتظماً، تمتع هذا العقد بقريضة الرسمية وتمتع بالحجية حيث لا يمكن الطعن في صحته إلا عن طريق دعوى التزوير¹.

وقد طبق القضاء الأعلى في الجزائر ما قرره القانون المدني الفرنسي بشأن حجية العقد الرسمي، وهذا يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الصادر في 1991/12/13، رقم الملف 79034، رقم الفهرس 1001، الذي جاء في حيثياته ما يلي "حيث صحيح فإننا بالرجوع إلى القرار المنتقد نجد وأن جهة الاسد تتنافى دأبع دت العقد الرسمي المؤرخ في 1949/07/29 لعدم احتوائه على أصل الملكية مع أنه يشير إلى ملكية البائع لها عن طريق الإرث من ناحية، ومن أخرج في إن العقد الرسمي لا يمكن إبعاده إلا إذا أثبت تزويره بعد إقامة الطعن بالتزوير ضده وهو ما لم يقع وتكون بذلك ودون حاجة لمناقشة الوجهين الآخرين قد أساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض".²

غير أن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، في قرار صادر عنها مابتاريخ 1999/01/11، ملف رقم 146142، رقم الفهرس 17، غير منشور³، ذهبت إلى القول بأن حق الملكية يجب أن يثبت بسند صحيح، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي "حيث أن الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14..... تعد دفعة لا عقد مد ررارس ميا غير أن المؤثق اكتفى بتدوين تصريحات أدد الورثة الذي توفي.....حيث أنه من الثابت أنه لا يمكن شراء أو نقل حق الملكية بمجرد تصريح حتى ولو كان ذلك أمام المؤثق، وأنه يجب إثبات حق الملكية بموجب سند صحيح يرس نقل ملكية العقار.."، والملاحظ أن مجلس الدولة قد اعتبر أن المعاملة التي انتقلت بها الملكية للمورث في 1968/05/14 كان يجب أن تثبت بسند صحيح، في حين أن هذه المعاملة تمت في ظل سريان القانون الفرنسي الذي لا

¹ - Mouralis Jean-Louis, Op. Cit., P 18, 19.

² - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 47.

³ - أنظر ملحق رقم 01.

يشترط ذلك و عليه فإن ما توصل إليه قضاء الموضوع من اقتناع بحجية الشهادة التوثيقية المؤرخة في 14/05/1968 ك دليل على ثبوت حق الملكية صدح طالم أن القانون الفرنسي الساري المفعول عند تحريرها لا يشترط إثبات الملكية بسند صحيح عكس ما توصل إليه قضاء مجلس الدولة.

ثانيا: تطبيق القضاء الجزائري لمبادئ الفقه و القضاء الفرنسي

اتبع القضاء الجزائري ما توصل إليه الفقه و القضاء الفرنسي بشأن إثبات الملكية إلى غاية 1970 تاريخ صدور الأمر المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، مؤكدا سلطة القضاء في مراقبة صحة العقود العرفية المتضمنة لبيع عقارية، وفي هذا الشأن نشر إلى قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الصادر في 03/02/1983 غير منشور، والذي جاء في حيثياته أنه " وإن كان العقد العرفي يتمتع في ظل التشريع السابق بقيمة قانونية في مجال البيع العقاري، فإنه لقضاء الحكم صلاحية مراقبة توافر شروط صحته " ¹.

كما أكدت نفس الغرفة سلطة قضاء الحكم، في الدعاوى المتعلقة بإثبات الملكية العقارية، في قبول دليل الإثبات المقدم لهم أو الأمر بإتمامه، إذ جاء في قراره الصادر في 06/02/1985 رقم 33054 ما يلي " .. من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قد دم عرفيا ما شهد بواسته العقد العرفي محل النزاع من أبيه الهالك فإن القضاء بتقريرهم قسمة التركة دون مراعاة العقد العرفي ودون توجيه اليمين المتممة لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخطأ أو الإضرار لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون.... " ².

¹ - Nadia Youmsi Haddad, Op.Cit., P, 1128, 1148.

² - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المسندات و النشر العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 16.

كذلك قررت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بموجب القرار رقم 867
المؤرخ في 1989/11/29 في الملف رقم 65750 أنه كان على قضاة الاسد تنناف
مناقشة دفع الطاعن بشأن العقد العرفي المدّعى به في مواجهته في قضية قسمة
عقار وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي "حيث يستفاد من وقائع القضية و
القرار المنتقد أن الطاعن دفع بالإلزام في مواجهة العقد العرفي المؤرخ في
1959/09/24 والمُدلى به من المطعون ضدّهم للتدليل على وجود قسمة مهيأة
بينه وبين ورثتهم محلّ العين الطاهر، وحيث أن جهة الاسد تنناف اعتمدت العقد
العرفي من غير أن تناقش دفعه بالإلزام له وإزالة لكل التباس ودون أن تبرر
حجته ضده وبالتالي وقوع القسمة بينه وبين أخيه... وتكون بذلك قد شبت
قرارها بالغموض والقصور في التسبيب وعرضته للنقض..¹

الفرع الثاني: تطبيقات القضاء للمادة 12 من قانون التوثيق

بعد صدور الأمر 91/70 توجّه القضاء الجزائري نحو تطبيق أحكام المادة
12 منه، إلا أنه عرف اختلافاً في تفسيرها بين من يرى أن الشكلية الرسمية
المقررة بموجبها ركن في العقد يترتب على تخلفه بطلانه بطلاناً مطلقاً، ومن اتجه
إلى اعتبارها شكلية واجبة للإثبات أو لنقل الملكية أو لحماية الغير، ومن ثم لا يؤثر
تخلفها على صحة العقد.²

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 129.

² - علي فيلاي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق و
العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 35، رقم 03، دار الحكمة، الجزائر، 1997، ص 722، 723.

أولاً: الاتجاه الأول

اتجه القضاء الأعلى في الجزائر في عدة قرارات إلى القول بأن الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 هي ركن من أركان العقد يترتب على تخلفها الإبطال المطلق، ومن بين هذه القرارات يمكن الإشارة للقرار الصادر عن المحكمة العليا في 1982/07/07 ملف رقم 25699 حيث جاء فيه " ... إن المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 91/70 المـ وُرخ في 1970/12/15 تفرض الشكلية الرسمية في العقد والتي تنص من نقل ملكية العقار تحت طائلة الإبطال.... حيث أن الإبطال الذي تنص عليه المادة 12 من قانون 1970/12/15 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقاً للمادة 102 من القانون المدني الجديد"¹، وكذلك القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمجلس الأعلى المـ وُرخ في 1982/12/18 رقم الملف 25016 الذي جاء فيه " ... أنه إذا كان العقد يبرم بموجب اتفاق إرادتين فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة استثنائية وفرضه كل من الأشكال الرسمية، حيث يصح تدخل الموثق وتحت طائلة الإبطال واجباً..... حيث أن المادة 12 من الأمر 91/70 المـ وُرخ في 1970/12/15 تنص على أن..... حيث أن أحكام هذه المادة من النظم العام وتشرط توافر شكل خاص لإثبات معايضة قيام اتفاق بين الطرفين ومن ثم فإن كل اتفاق أو عدمه يتم خارج نطاق هذا الشكل غير صالح للاعتماد عليه في المطالبة بالوفاء....."² وفي هذا القرار كيف قضت بالنقض الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 بأنها شكلية انعقاد وقضوا بنقض القرار المطعون فيه الذي ألغى حكماً ابتهائياً صدر بحب بطلان عقد عرفي تضامن تازلاً عن حصص في شركة محاسبة تجارية وصناعية، إلا أن قضت بالنقض ووافي بتدقيق عند دبر روا حكمهم بكون الشكل المنصوص عليه بالمادة 12 السابقة الذكر اشترط لإثبات معايضة قيام اتفاق بين الطرفين.

¹ - نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص، مطبعة وزارة العدل، الجزائر، 1982، ص 171.

² - الاجتهاد القضائي قرارات المجلس الأعلى، وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص 47.

كما يمكن الإشارة للقرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى القسم أ، غير منشور بتاريخ 1981/10/21 الذي جاء فيه " أن العقد المتخذ من نقل الملكية العقارية يجب أن يحرر في الشكل الرسمي مع إيداع الثمن لدى الموثق، وأن العقد العرفي لا يشكّل سوى وعداً بالبيع، وأنه يمكن للمشتري أن يطالب بتوثيق العقد، غير أنه في حال عدم التنفيذ لا يكون له سوى الحق في التعويض"¹. و الملاحظ أن تأكيد قضاء النقض للعقد العرفي المنصب على بيع العقار بأنه وعد بالبيع لا يستتوي مع ما تنص عليه المادة 71 من القانون المدني التي تقتضي بأن الوعد بالتعاقد هو ذلك الاتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد ما في المستقبل وبأنه إذا استلزم القانون إبرام العقد الموعود به في شكل معين فإن الاتفاق الذي يتخذ من الوعد بإبرامه يجب أن يخضع لنفس الشكل، وهو ما يترتب عليه أن الوعد بالبيع إذا انصب على عقار تعين أن يبرم في شكل رسمي.

كذلك القرار المؤرخ في 1982/07/07، غير منشور، صادر عن نفس الجهة الذي قضى بنقض قرار قضى بصدقة عقد بيع عرفي متخذ من وعد ببيع عقار، على أساس أن أحكام المادة 12 من أمر 1970 تنطبق على الوعد بالبيع، و بنفس التاريخ أصدرت نفس الجهة قراراً بنقض قرار قضى بصدقة عقد بيع عرفي مصدرة أن المادة 12 السابقة الذكر تقرض تحرير البيع والعقارية في شكل رسمي، مع إيداع الثمن بين يدي الموثق تحت طائلة الإبطال، غير أنه يكسر التزامات شخصية لا ترتب سوى الحق في التعويض في حال عدم التنفيذ².

من جهتها أصدرت الغرفة التجارية بالمحكمة العليا قراراً بتاريخ 1983/05/07 غير منشور جاء فيه ما يلي " حيث أن المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تقضي بأن إيجار المدلات التجارية يجب أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة الإبطال، ... وأنه بعد تقرير ربط الان الإيجار، مجلس... لا يمكنه التأسيس على الحق في الأفضلية بين الأطراف ولا على حيازة

¹ - Nadia Younsi Haddad, Op, Cit., P 1147.

² - Ibid, P 1146.

**المحل التجاري، وبمخالفته له هذه القواعد، قضاة المجلس قد خرقوا المادة 485
فقرة 01 وأحكام القانون المدني وكذلك المادة 12 من الأمر 91/70 المورخ في
1970/12/15¹.**

هذا الموقف من المشرع، المؤيد من طرف القضاء لم يتمكن من وقف لجوء
المواطن إلى إبرام العقود العرفية كالماتعلق الأمر بنقل ملكية عقار، وقد استمر
القضاء في القول ببطلان مثل هذه العقود إلى أن صدر القانون المدني، حيث أصبح
لا يعتبر الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70، شكلية انعقاد، وهو ما
سأبين فيما يلي.

ثانياً: الاتجاه الثاني

ذهب القضاء الأعلى، في عدة قرارات إلى القول بأن الشكلية المقررة بالمادة
12 من الأمر 91/70، هي شكلية مقررة للإثبات أو لنقل الملكية أو لحماية حق
الغير أو لتحقيق مصداق الخزينة ومن بين القرارات الصادرة في هذا الاتجاه،
القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1983/03/30 ملف رقم 30950، غير
منشور، وقد تعلق موضوع النزاع بعقد إيجار تسيير حر لمحل تجاري معد للدعارة
لم يدر في شكل رسمي، إذ طالبت الطاعنة وهي المسدأةجرة، المطعون ضده و
هو المؤجر بتوثيق العقد، فلم يرفض طلبها لأن العقد غير موجد لتخلف ركن
الشكلية، بل لعدم مشروعية السبب، وهو ما يفيد أن القضاة اعتبروا العقد صحيحاً
رغم تخلف الشكل الرسمي².

وفي قرار صادر في 1990/10/21، ملف رقم 68467، اعتبرت المحكمة
العلية أن الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 شكلية مقررة لنقل الملكية، و

¹-. Nadia Younsi Haddad, Op, Cit, P 1146.

² - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 723.

قد جاء في حيثياته ما يلي "إن عملية الشهر العقاري هي ودها تسطيع نقل الملكية طبقاً للمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بتنظيم التوثيق و المادة 793 من القانون المدني¹، غير أن قضاة النقض في هذا القرار قد وقعوا في خطأ بين شكلية القيد في السجل العقاري التي هي إجراء لاحق لإعداد عقد البيع فرضه المشروع كشرط ليرتب العقد أثره الناقل للملكية بموجب المادة 793 من القانون المدني وكذلك المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 السابق الذكر وبين الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق التي هي ركن لانعقاد التصرف

وفي قرار صادر بتاريخ 1988/06/29 رقم الملف 45312، رقم الفهرس 413، اتجه المجلس الأعلى إلى القول بأن القضاء بطلان البيع العرفي خطأ في تطبيق نص المادة 12 من الأمر 91/70، وأنه كان يتعين الاستجابة لطلب توثيق هذا العقد، حيث جاء في حيثياته "حيث يستفاد من وقائع القضية والقرار المنتقد أن النزاع لا ينصب على البيع ذاته فهو محل اتفاق بين الطرفين وإنما يتركز حول الثمن إذ امتنعت المطعون ضده عن توثيق البيع العرفي بينها وبين الطاعن بتاريخ 1973/06/26 لعل أن الثمن الحقيقي ألفي لاه و 30000 دينار.....وحيث كان على جهة الاستئناف أن تناقش نقطة الخلاف بين الطرفين والمتمثلة في الثمن ولا البيع في حد ذاته وأن طلب الطاعن توثيقه يتمشى وأحكام المادة 12 من قانون التوثيق التي تسوجب إرفاق مثل هذه البيوع في قالبها الرسمي، وهو ما يسعى الطاعن لتحقيقه، وبعدم مراعاتها لذلك وفصلها أساساً بإبطال البيع العرفي المذكور وفقاً للمادة 12 من قانون التوثيق تكون ودون حاجة لمناقشة الوجه الأول قد أساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض²، ويعاب على هذا القرار أن قضاة المجلس اعتبروا أن موضوع الطلب القضائي لا يتعلق بصحة عقد البيع العرفي بل بتنفيذ الالتزام بدفع الثمن في حين أن مناقشة توافق أركان العقد مسألة تتعلق بالنظام العام ويتعين على قضاة

¹ - المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1992، مرجع سابق، ص 84.

² - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 35.

الموضوع مناقشتها ولو من تلقاء أنفسهم كما يجب عليه اعتباره للشكلية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق إجراء منفصلاً عن إبرام العقد ويمكن تصحيحه بعد تمام انعقاده وفي ذلك تناقض مع صريح نص المادة 12 السابقة الذكر

وبعد صدق دور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 اتجهت المحكمة العليا إلى تبرير عدم إعمالها لنص المادة 12 من قانون التوثيق بالنسبة للبيوع العقارية بأن هذه الأخيرة تخضع لأحكام القانون المدني، وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/04/04 رقم الملف 59591 رقم الفهرس 369، الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق، شكلية مقررة لحماية الغير، واعتبرت كذلك أن شروط صحة عقد البيع تخضع للمادة 351 من القانون المدني لأن نص المادة 12 من قانون التوثيق، وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي " حيث بالفعل أن شروط صحة البيع لا توجد في نص المادة 12 من أمر 1970/12/15 بل في نص المادة 351 من القانون المدني، وهي الاتفاق والرضا على الشيء موضوع البيع وعلى ثمن البيع وأن الشكليات المنصوص عليها في المادة 12 من أمر 1970/12/15 ترمي ماعدا إلى حماية الغير، وأن قضاة الاسد تتناقض قد أخطؤوا لما أبطلوا البيع بتأسيس قرارهم إلا على هذه المادة....¹ ويعاب على هذا القرار أن قضاة النقض اعتبروا أن الشكلية المقررة بالمادة 12 يقصد بها حماية مصلحة الغير وهذا تناقض مع صريح نص هذه المادة الذي يرتب البطلان المطلق على مخالفة أحكامه وهو ما يفيد بوضوح أن القاعة المنصوص عليها بموجبه تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها.

كما استبعدت المحكمة العليا تطبيق أحكام المادة 12 من قانون التوثيق استناداً إلى أن عقد البيع يخضع للقانون المدني، في قرارها المؤرخ في 1990/11/19 رقم الملف 61796 رقم الفهرس 1052 الذي جاء في حيثياته ما يلي " حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا المادتين 351، 861، من

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 21.

القانون المدني بدلالة المادة 12 من قانون التوثيق التي لا يمكن تطبيقها على صورية الحال، خاصة أن المذكرات العرفية أعطاه المشرع مكانة في المعاملات وتكون في نظر القانون مصدر للالتزامات بين المتعاقدين خلافا لما ذهب إليه قضاة المجلس مما يستوجب معه النقض¹. وفي هذا القرار ذهب قضاة المحكمة العليا إلى القول إلى أنه من الخطأ أن يناقش قضاة الموضوع المادة 12 من قانون التوثيق بدلالة المادتين 351، 361² من القانون المدني في حين أنه لا يمكن استبعاد تطبيق نص قانوني طالما لم يلغى صراحة أو ضد من نص قانوني لاحق مع احترام مبدأ تدرج القوانين مما يجعل تطبيق قضاة الموضوع للمادة 12 السابقة الذكر أمر صحيح قانونا ولا يستوجب النقض.

وقد اتجه القضاة الأعلى في العديد من القرارات ليس إلى استبعاد نص المادة 12 من الأمر 91/70 إنما إلى القول بأن التطبيق الصحيح لهذا النص يقتضي الأمر بصرف الأطراف إلى الموثق لإتمام الإجراءات الشكلية المقررة بموجبها، ومن بين هذه القرارات، القرار المؤرخ في 1987/07/01 رقم الملف 40818 رقم الفهرس 306 الذي جاء فيه في حيثياته ما يلي "حيث أن ورثة الهالك والبايع لا ينكرون هذا الاتفاق ويحذون محل ورثتهم في مثل هاتاه العملية وكان على جهة الاستئناف في هاتاه الحالة أن تلزم الأطراف بالتوجه أمام مكتب التوثيق من باب تنفيذ الالتزامات لتوثيق البيع العرفي موضوع النزاع، ولا تفصل في البيع ذاته إذ أنه لم يطلب تصحيح البيع، وإنما توثيقه طبقا لمقتضيات قانون التوثيق، وبعدهم انتهاجهما لذلك ودون حاجة لمناقشة الجوانب الأخرى المثارة في الوجهين تكون قد أسدأت تطبيق القانون وعرضت قرارهما للنقض..."³، ويلاحظ على هذا القرار أن قضاة النقض اعتبروا أن إفراغ العقد في شكل رسمي يعتبر تنفيذا للالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري وهو أمر غير مقبول قانونا باعتبار أن المشرع كان

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 41.

² - الأصح هو المادة 361 من القانون المدني المتعلقة بالالتزام البائع بالأيعيق نقل الملكية للمشتري لا نص المادة 861 من نفس القانون الواردة خطأ في القرار.

³ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 50.

صريحاً ورتب على تخلف الشكّل الرسمي في عقد بيع العقار إل بطلان المطلق و هو ما يفيد بوضوح أن هذا الإجراء ركن لانعقاد التصرف لا التزام في ذمة أحد الأطراف يترتب على الامتناع عن القيام به مسؤولية الطرف الممتنع التعاقدية

كذلك يمكن الإشارة إلى القرار المؤرخ في 12/10/1988 رقم الملف 46609 رقم الفهرس 477، الذي جاء فيه "وحيث أن قضية الموضوع اعتمدوا في قضائهم على العقد العرفي المؤرخ في 30/06/1973 المتضمن التزام الطاعن وقبضه ثم نال بيع وعلى تسليم العقار المبيع، ويتجلى من ذلك العقد العرفي رضا الطاعنين على البيع والشئ المبيع وتحديد الثمن وقبضه من الطاعن، و بالتالي فأركان البيع متوفرة ولم يذالفوا مضمون المادة 12 المدّج بها لأنهم ألزموا الطاعنين بالتوجه إلى مكتب التوثيق ولذا عدل قضية الموضوع وقرّارهم تعديلاً سيما فالأوجه غير سديدة وهي مردودة..."¹، وهو ما قضت به المحكمة العليا أيضاً في القرار المؤرخ في 18/02/1992 رقم الملف 82998 رقم الفهرس 193 الذي جاء في حيثياته ما يلي "وحيث أنه يتبين من خلال الإطّلاع على القرار المنتقد أن جهة الاسد تناف قد رفضت كل قيمة قانونية للعقد دين المدّرين بسبب أنهم لم تمت وافر فيهما الشكلية القانونية ولم تطبق أحكام المادة 361 من القانون المدني التي تلزم البائع أن يقيم ومبما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية عسيرا أو مسدّحياً، ودون التعرض لمناقشة الوجه الأول ويكون بذلك أن جهة الاسد تناف قد أساءت تطبيق القانون....."².

وفي نفس الاتجاه أصدر المجلس الأعلى القرار المؤرخ في 07/12/1988 رقم الملف 47259 رقم الفهرس 591 الذي جاء في حيثياته "و...فإن قضية المجلس صدحوا البيع وصدحوا بأن قرارهم يقوم مقام البيع بدلائل من أن يلزموا البائع بتنفيذ التزاماته وفقاً لما تقتضيه المادة 361 من القانون المدني، وكان

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية مرجع سابق، ص 54.

² - نفس المرجع، ص 58.

عدهم أن يعرضوا الطرفين إلى مكتب التوثيق بإتمام إجراءات البيع بدلا من صدهما إلى إدارة الرهون وإدلال القرار مدل العقد، وهذا خطأ منهم ولا حاجة إلى مناقشة الوجه الرابع...¹.

والملاحظ أن الكثير من القرارات التي قضت بأن التطبيق الصحيح للمادة 12 من قانون التوثيق يقتضي الأمر بصرف المتعاقدين لإتمام الإجراءات الرسمية أمام الموثق قد تم تسبيبها بالاعتماد على أن البائع ملزم بنقل الملكية للمشتري وعدم القيام بما من شأنه أن يجعل نقل الحق له عسيرا أو مستحيلا حسب ما تقتضيه المادتان 351، 361 من القانون المدني، ويترتب على ذلك أنه ملزم بإتمام الإجراءات أمام الشكليات التي نصت عليها المادة 12 من الأمر 91/70، وفي قرارات أخرى استند القضاء الأعلى إلى مبدأ رضائية العقود وحرية التصرف في حق الملكية للقول بأن الشكليات الرسمية ليست ركنا في العقود المنصوص عليها بالمادة 12 السابقة الذكر.

ومن القرارات التي استندت إلى مبدأ حرية التعاقد ذكر القرار المؤرخ في 1990/02/07 رقم الملف 57930 رقم الفهرس 127 الذي جاء فيه ".... وعليه كان على المجلس أن رأى نقصا في الشروط الشكليات الرسمية مثل إقامة عقد البيع لدى الموثق.... أن يأمر بإتمام هذا الإجراء أما أن يلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه للشكليات الرسمية بناء على طلب الغير فهذا مخالف لروح القانون ولمبدأ حرية التعاقد، وعليه تعين إذا القول بتأسيس هذين الوجهين معا والقول أن القرار المطعون خالف أحكام القانون المنظمة لأسس التعاقد وحرية التصرف في حق الملكية المنصوص عليها في المادتين 54، 328، 714، من القانون المدني وبذلك يتعين نقضه..."² وقد أسس قضاء النقض قضائهم بصحة العقد العرفي المخالف للمادة 12 من الأمر 91/70 على مبدأ حرية التعاقد وحرية التصرف في حق الملكية في حين أن المشرع قد تدخل بنص صريح واستثنى من

¹ - تطبيقات قضائية في المادة العقارية مرجع سابق، ص 61.

² - تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 27.

هذا المبدأ العقود المنصوص عليها في المادة 12 السابقة الذكر بحيث قيدها بشروط إبرامها في صورة رسمية.

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1988 إلى اليوم

رغم إدراج مضمون المادة 12 من الأمر رقم 91/70 ضد من نص المادة 324 مكرراً من القانون المدني إلا أن موقف القضاء من مسألة اشتراط الرسمية في التصرفات المدونة بموجبها بقي غير موحد وهذا إلى غاية صدور قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا المؤرخ في 18/02/1997 وعليه سألنا في الفرع الأول التباين الذي اتسم به موقف القضاء بالنسبة لتطبيق المادة 324 مكرراً من القانون المدني ثم أتطرق لقرار الغرفة المجتمعة وأعلق عليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيقات القضاء للمادة 324 مكرراً من القانون المدني

يمكن تصنيف الآراء المتعلقة بهذا الموضوع إلى اتجاهين، الأول، يرى أن هذه الشكليات مفررة للإثبات أو كشرط لنقل الملكية والثاني يرى أنها أركان لانعقاد العقد¹.

أولاً: الاتجاه الأول

في هذا الاتجاه يمكن التمييز بين موقفين. الأول، يرى أن هذه الشكليات مفررة للإثبات وقد اتبعتها الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا في بعض قراراتها، ويسند هذا الرأي إلى موقع نص

¹ - Ghanima Khiair née Lahlou, Op.Cit., P 748, 749, 750.

المادة 324 مكرر 01 في القانون المدني، حيث أدرجت ضد من الكتاب السداس المعلنون "إثبات الالتزام" الباب الثاني "الإثبات بالكتابة"، غير أن هذه الحجة مردود عليها بأنه ومهما يكن موقع المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، فإن صدياؤها صريحة إذ تنص على بطلان العقد الذي تشترط فيه الرسمية في حال تخلفها¹.

الثاني، يرى أن هذه الشكلية هي شرط لنقل الملكية، ولا تتعلق في أي حال بصحة العقد، فعقد بيع العقار أو المحل التجاري العرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه، من اتفاق إرادتين على المبيع والثمن، بغض النظر عن شكل العقد، في حين يعتبر إتمام العقد في شكل رسمي من التزامات البائع تطبيقا للمادة 361 من القانون المدني، وهكذا تنقسم عملية البيع إلى مرحلتين، العقد العرفي والعقد الناقل للملكية الذي يحرر في شكل رسمي.

والملاحظ أن تقسيم عقد البيع إلى عمليتين مستقلتين ومختلفتين، هو موقف وسط لا يقل ولا يزيد أن الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 هي شكلية إثبات، ولا بأنها ركن للانعقاد إلا أنه أمر غير مقبول قانونا، إذ من جهة يقر بصحة العقد المشار إليها بالمادة 324 مكرر 01 المبرمة في شكل عرفي، ومن جهة ثانية يفرض على الأطراف التوجه أمام الموثق لإفراغ هذه العقود في شكل رسمي، إذا وطالما أن العقد العرفي صحيح لتوافر أركانه ألا يعد إلزام الأطراف بتوثيقه بحجة أن ذلك التزام عقدي في ذمة البائع تناقضا؟²

ثانيا: الاتجاه الثاني

هذا الاتجاه، ذهب إلى التمسك بصراحة نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، وبالتالي القول بتقرير البطلان المطلق كجزء على تخلف الشكل

¹ - Ghanima Khiair née Lahlou, Op.Cit, P 749, 750.

² - Ibid., P 748, 749.

الرسمي في التصرفات القانونية المدددة بموجب هذه المادة ومن بين القرارات الصادرة عن القضاء الأعلى المؤيدة لها هذا الرأي، ذكر القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، في 09/11/1994، رقم الملف 103656، الذي قضى بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء بويرة بتاريخ 30/06/1991، والذي جاء في حيثياته "حيث أن القضاة أخذوا بعين الاعتبار الوثيقة العرفية المؤرخة في 1989/07/21 المتضمنة هبة جزم من القطعة الممتدة من أجله من المسمين....بينما الاجتهاد القضائي المستمر للمحكمة العليا يوجب تحرير مثل هذه العقود في الشكل الرسمي.."¹. والملاحظ في هذا القرار أن قضاة النقض قد أصابوا في القضاء باسئ تباعد عقد الهبة العرفي إلا أنه كان يتعين عليهم تأسيس حكمهم على أساس مخالفة نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لا على أساس اجتهاد المحكمة العليا

كما يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 09/07/1996 رقم الملف 138806، الذي وإن كان يتعلق بإيجار محل تجاري إلا أنه يشير إلى اعتبار الشكلية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ركنا في العقود المدددة بنص هذه المادة وقد جاء في حيثياته "حيث بمراجعة القرار المنتقد تبين بأن قضاة المجلس اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على شهادة الشهود ومحضر المعاينة ووصل إيجار واحد يرجع تاريخه إلى 01/09/1992 أمام نفى الطاعن وجود أية علاقة بينه وبين المطعون ضده في حين لا تثبت عقود إيجار المدلات التجارية إلا بعقد رسمي تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، لهذا فإن قضاة المجلس اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمدل موضوع النزاع وبذلك خالفوا نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني....."² وقد أكد

¹ - نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية البعث، عدد 51، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 67.

² - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 87.

قضاة النقض في هذا القرار أن التطبيق الصحيح لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني يقتضي إثبات إيجار المدعى التجاري بسند مكتوب وبالتالي يتعين استبعاد ما عداه من أدلة الإثبات كالبينة والكتابة غير الرسمية.

الفرع الثاني: قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18

أصدرت الغرف المجتمعة قرارها المؤرخ في 1997/02/18 رقم 136156¹، لتضع حداً لتباين موقف القضاة فيما يخص مسألة الرسمية المقررة منذ سنة 1971 والذي استمر رغم تدخل المشرع بموجب تعديل القانون المدني سنة 1988، ولأنه قد يكون من الغريب أن يضطر القضاة الأعلى إلى اللجوء إلى استدعاء الغرف المجتمعة لإصدار اجتهاد قضائي مرجعي في مسألة حساسة لها شأن في المصلحة العامة، فإن معرفة الظروف التي صدر فيها هذا القرار قد تفسر أسباب هذا التدخل من جانب المحكمة العليا لتأييد ما أقره المشرع بنص صريح.

أولاً: الظروف التي صدر فيها القرار

يمكن القول أن هذا القرار صدر في ظل تبني سياسة تشريعية جديدة، لم تكن في الواقع منسجمة مع ما تترتب عنه من آثار، وأن جهة القضاء كان متردداً بين تطبيق القانون بصرامة وبين إيجاد حلول بديلة تناسب المواطن، غير أنها في أغلبها غير قابلة للتنفيذ.

¹ - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، المحكمة العليا، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 46، أنظر القرار في الملحق رقم 02.

1- صدور قانون التوجيه العقاري و تعديل القانون المدني

صدر قرار الغرف المجتمع الم و ر خ ف ي 18/02/1997، أي بعد أن تم تعديل القانون المدني وإدراج مضمون المادة 12 من الأمر 91/70 ضد من نص المادة 324 مكرر 01 التي أضيفت إلى أحكام القانون المدني، وقد كان القضاء الأعلى في عدة قرارات صادرة عنه، يستند في استبعاده أحكام المادة 12 السابقة الذكر، بالنسبة للقضايا المتعلقة بالبيع العقاري إلى أن هذه الأخيرة تخضع لأحكام القانون المدني الذي لم يكن ينص على أن الشكلية الرسمية ركز لانعقاد البيع العقاري.

كما أن القرار جاء بعد صدور قانون التوجيه العقاري سنة 1990 وتخطي المشرع عن سياسة دولنة العقار الخاص، وإلغاء النص وص المتعلقة بتكوين الاحتياطات العقارية البلدية التي كانت عاملاً رئيسياً في انتشار البيع العقاري العرفية.

2- عدم انسجام موقف المشرع مع الواقع الاجتماعي

إن تدخل المشرع بإدراج مضمون نص المادة 12 من الأمر 91/70، ضد من أحكام القانون المدني وإن كان قد حسم الإشكال المتعلق بالتكييف القانوني للشكلية الرسمية المقررة بموجب هذه المادة، إلا أنه لم يكن منسجماً مع الواقع الاجتماعي، إذ أن سياسة تكوين الاحتياطات العقارية البلدية فرضت على الخواص بضرورة غير مباشرة اللجوء إلى التصرف في العقارات بضرورة عرفية مما ترتب عليه أن أصبح نقل الملكية العقارية بضرورة رسمية أمراً صعباً لعدم توافق أغلب الملاكين على عقود ملكية رسمية، وهو ما جعلهم يستمرون في القيام بذلك بموجب عقود عرفية.

وقد تترتب على استمرار تعامل الملاكين الخواص بضرورة عرفية في عقاراتهم انتشار ظاهرة البناءات غير مرخص بها، ويمكن القول أن جهاز القضاء

الذي اتجه في الكثير من القضايا إلى إيجاد حلول بديلة للمواطن يكاد قد ساهم بدوره وبصورة غير مباشرة في انتشار هذه الظاهرة، الأمر الذي كان لابد من وضع حد له.

3- إصدار قرارات و أحكام غير قابلة للشهر

جاء قرار الغرفة المجتمعة في الوقت الذي تسبب فيه الاتجاه القائل في القضاء بصحة العقد والعرفية المتضمنة لتصرفات تنقل الملكية العقارية مع الأمر بصرف الأطراف أم الموثق لإتمام الإجراءات الرسمية في عدة مشاكل وأثار سلبية، ذلك أن الأحكام والقرارات الصادرة في هذا السياق وإن كانت تعطي حلا لبعض القضايا، لم تكن متوافقة مع الشرط المتطلب بموجب قانونين الشهر العقاري، الأمر الذي ترتب عليه بطبيعة الحال رفض شهر هذه الأحكام والقرارات أو العقد التي أفرغت فيها وهو ما يندرج عنه عدم انتقال الملكية بين الأطراف، وقد أحصت وزارة العدل 3000 حكم وقرار غير قابل للشهر¹.

4- استمرار التناقض في موقف القضاء

وأمّا ما أشد تراط القانون للرسمية واستمرار المواطن في إبرام التصرفات الناقلة للملكية بصورة عرفية، ومن خلال القرارات التي تمكنت من الإطلاع عليها يمكن القول أن القضاء الأدنى والأعلى كان يتأرجح بين تقرير بطلان هذه العقود وبين إرساء حلول بديلة، كالقول بأن هذه التصرفات صالحة غير أنه يتعين إفراغها في شكل رسمي أو القول أن هذه التصرفات صالحة بحجة أن الشكك في المقرر بنص المادة 324 مكرر 01 هي مجرد وسيلة إثبات.

¹ -Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P 1136, 1137.

هذا التذبذب وعدم الاستقرار في موقف القضاء يبدو واضحاً في القضية المنتهية بقرار الغرفة المجتمعة المؤرخة في 18/02/1997 رقم 136156، إذ قضى مجلس قضاء معسكر في 03/05/1994 بعد إلغاء حكم محكمة المحمدية المؤرخة في 10/05/1992، بالإشهاد بصحة بيع المدعى التجاري المبرم بين الطرفين المتداعين بصورة عرفية وصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية، وبعد الطعن بالنقض صدر قرار الغرفة المجتمعة السابق الذكر الذي سأحاول التعليق عليه فيما يلي.

ثانياً: التعليق على قرار الغرفة المجتمعة

القرار مدلل التعليق، كما أن السبب في استتار موقف القضاء بشأن مسألة الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، والتي كان من المفروض ألا تطرح إطلاقاً بعد إدراجها النص ضد أحكام القانون المدني، وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار صدر بشأن نزاع يتعلق بإيجار مدعى تجاري يخضع بدوره لأحكام المادة المذكورة سابقاً إلا أنه يمكن تعميم الدال القانوني الذي أتى به على كامل التصرفات القانونية المذكورة بنص هذه المادة، ومنها التصرفات الناقلة للملكية والحقوق العقارية وسأحاول التعليق على قرار الغرفة المجتمعة المؤرخة في 18/02/1997 رقم 136156 كالآتي:

1- من حيث الوقائع والإجراءات

تتلخص وقائع النزاع في أن المسمى (ع ح)، اشترى مدعاً تجارياً من (ب أ) وذلك بموجب عقد بيع عرفي مؤرخ في 22/08/1988، وأنه بعد نزاع قضائي بين الطرفين أصدرت محكمة المحمدية حكماً مؤرخاً في 10/05/1992، تم الطعن فيه بالاستئناف من طرف البائع (ع ح)، وتم الفصل فيه بموجب القرار الصادر عن

مجلس قضاء معسكركر بتاريخ 1994/05/03 الذي قضى بعدم إلغاء الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة المحمدية بتاريخ 1992/05/10، بالإشهاد بصحة بيع المدل التجاري المبني بين الطرفين المتنازعين بموجب العقد العرفي المبرم في 1988/08/22 وبصدرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام الشاري المطعون ضده (ع ح)، بأداء مبلغ يقدر بمائتي وخمسين ألف (250000) دينار يمثل قيمة الثمن المتبقي وكذا تسعة آلاف (9000) دينار مقابل مخرجه دل الإيجار.

بتاريخ 1994/10/29 طعن المدعى (ب أ) بالنقض ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكركر بتاريخ 1994/05/03.

2- حجج الأطراف

كانت حجج الأطراف كالتالي:

أ- حجج الطاعن

تقدم الطاعن بواحدة دفاعه بوجه وحيد للطعن مفاده أن عملية بيع المدل التجاري تخضع لأحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 01 من القانون المدني، وأنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة الإبطال إلا أن القرار المنتقد رفض الدفع الخاص بإبطال العقد وقضى بصحته.

ب- حجج المطعون ضده

بعد تبليغه تبليغا صحيحا لم يتقدم المطعون ضده بأي رد.

3- من حيث الإشكال القانوني

يثير القرار محل التعليق الإشكال القانوني التالي:

هل الشكلية الرسمية المقررة بموجب المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني السابق الإشادة إليها و 79 من القانون التجاري¹، ركن لانعقاد عقد بيع المدل التجاري، وبالتالي يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً؟ أو بصيغة أخرى ما مدى صحة العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري؟ وإذا كانت الشكلية الرسمية المقررة بموجب المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 79 من القانون التجاري، في بيع المدل التجاري ليست ركناً لانعقاد، فما هو التكييف القانوني لها؟

أ- الحل القانوني

تبين موقف القضاء الأعلى بالنسبة للإشكال المطروح على الغرفة التجارية والبحرية في الملف رقم 136156 الذي صدر بشأنه القرار محل التعليق، وقد انقسم موقف القضاء أساساً إلى اتجاهين، الأول تميز به قضاء الغرفة المدنية الذي ذهب إلى القول بصحة العقود العرفية المتضمنة بيوع عقارية أو محلات تجارية مع صرف الأطراف إلى الموثق لإتمام الإجراءات الرسمية استناداً للمواد 71، 72، 106، 107 من القانون المدني، والثاني تميز به قضاء الغرفة التجارية والبحرية، الذي ذهب إلى التصريح بطلان العقد والعرفية المخالفة للمواد 12 من الأمر 91/70، 324 مكرر 01 من القانون المدني و 79 من القانون التجاري².

هذا الاختلاف في موقف القضاء الأعلى انعكس على قضاء المحاكم والمجالس الذي كان متأرجحاً بين الاتجاهين السابقين في المحكمة العليا، وهو ما

¹- تنص المادة 79 من القانون التجاري على أنه "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن مدل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادر بموجب عقد من ذوع آخر أو كان يقضي بانتقال المدل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً".

²- حسبان بدوعروج، تعليق على قرار 18 فيفري 1997، مجلة الاجتهاد للقضاء للغرفة التجارية والبحرية، مرجع سابق، ص 42، 43.

أدى إلى عرض الملف رقم 136156 على الغرفة المختلطة للمحكمة العليا للنظر فيه وفق الأحكام الماد 20 وما يليه من القانون رقم 22/89 الم وُرخ في 1989/12/12 المتعلق بصداحيات المحكمة العليا وتنظيمها¹، فاجتمعت هذه الغرفة مشكلتها من قضية الغرفة المدنية والغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 1996/05/21 وتمت مناقشة الإشكال القانوني الذي يطرحه الملف على ضوء اجتهاد كل غرفة، وبسبب عدم اتفاقهما على حل مودد قررت الغرفة المختلطة إحالة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه عملاً بالمادتين 22 و 23 من القانون المؤرخ في 1989/12/12².

الحل القانوني الذي أتى به القرار المؤرخ في 1997/02/18 للإشكال الذي يطرحه الملف جاء في الحثيتين التاليتين "....حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحريره في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صديحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعة تجارية يتضمن من التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً الكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصحها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعة التجارية ويأمرُوا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني.....".

إذاً فإن الغرفة المجتمعة انتهت إلى أن العقد العرفي المتضمن لبيع قاعة تجارية وإن كان يترتب التزامات شخصية على عاتق طرفيه فهو عقد باطل بطلاناً مطلقاً لتخلف أحد شروط صحته، المتمثل في ضرورة تحريره في شكل رسمي، وأن هذا البطلان لا يقبل التصحيح بالأمر بصرف الأطراف أمام الموثق لإتمام

¹ - القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 يتعلق بصداحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 53، سنة 1989.

² - حسان بوعروج، مرجع سابق، ص 43.

الإجراءات الشككية المتطلبة، لذا كان لا بد في هذه الحال من التصريح ببطلانه و الأمر برد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

4- البعد القانوني و العملي للقرار

أ- البعد القانوني للقرار

تضد من المدل القانوني الذي أتى به قرار 1997/02/18، ثلاث نقاط قانونية تستدعي الوقوف عندها.

تتمثل الأولى في " التأكيد القانوني للشككية المقررة بالمادة 324 مكرّر 01 من القانون المدني وكذلك المادة 79 من القانون التجاري"، حيث اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن "الشك كل الرسمى في عقد بيع القاعة التجارية شرط ضروري لصحته"، وقد دعا الحالج القرار مدل التعليق مسألة التأكيد القانوني للشككية المتطلبة قانوناً في عقد بيع المدل التجاري بصفة خاصة والتي يمكن تعميمها على جميع العقود المنصوص عليها في المادة 324 مكرّر 01 من القانون المدني لوضع حد للاختلاف الذي كان قائماً بشأنها وذلك في الحثية التالية "حيث أن الشك كل الرسمى في عقد بيع القاعة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحريره في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد".

إذا فالقرار اعتبر الشك كل الرسمى في عقد بيع القاعة التجارية¹، شرطاً من شروط صحة التعاقد ثم رتب على تخلف هذا الشرط البطلان المطلق.

وفي تعليقه على هذا القرار ذهبت السيدة لحلو غنيمية إلى القول بأنه قد وضعت حداً لاختلاف التفسيرات بشأن التأكيد القانوني للشككية المتطلبة بالمادة 324 مكرّر 01 من القانون المدني وقبلها المادة 12 من الأمر 91/70، إذ أكد القرار

¹ - ويقصد بمصطلح القاعة التجارية، المدل التجاري باعتباره مالا منقولا مغنويا حسب ما ورد في صياغة المادة 324 مكرّر 01 من القانون المدني و المادة 12 من الأمر 91/70، مرجع سابق.

التجاري الشكلية الرسمية و حماية الصالح العام لا مصدر الح الأطفراف الخاصة و أكد أيضا أن هذه القاعدة قاعدة أمر لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها¹.

أما الثانية فتتعلق بآثار العقد العرفي المتضمن لبيع محل تجاري إذ توصل القرار محل التعليق إلى أن " العقد المتضمن لبيع قاعة تجارية عقد باطل وإن كان يترتب التزامات شخصية "، وقد عد القرار عن هذه النتيجة القانونية في الحثية التالية " حيث أنه إذا كان صريحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع...".

غير أنه لا يمكن للعقد أن يترتب التزامات شخصية وأن يكوّن باطلا في نفس الوقت، لأن العقد الباطل بطلانا مطلقا يعتبر في حكم العدم ولا يترتب أية آثار قانونية. ويؤكد ذلك النتيجة التي توصل إليها نفس القرار عند ما قرر أن هذا البطلان غير قابل للتصحيح وأنه يتعين الأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وذلك في الحثية التالية " ...لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعة التجارية ويأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني....".

وقد جاء في تعليق السيدة لحلو وغنيم على هذا القرار أن المحكمة العليا أرادت تفادي أي غم وضرب بشأن آثار البطلان بأن أكدت في العبارة المشار إليها أعلاه إلى النتيجة الوحيدة لتقرير بطلان العقد، وهي إلغاؤه بأثر رجعي وبالتالى رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

¹ - Ghanima Khiair Née Lahlou, Op.Cit., P 744.

إلا أنها لم تعملت تعبيراً غير واضح لأجل هذا الغرض إذ جاء في قرارها أن العقد العرفي المتخذ من لبيع قاعة تجارية عقد باطل رغم ترتبه للالتزامات شخصية في ذمة الأطراف¹.

أما الثالثة فتتعلق بآثار البطلان الناجم عن إغفال الشكلية المقررة بالمادة 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 01 من القانون المدني حيث قضى القرار بأنه يترتب عليه "إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وعدم قابلية العقد للتصحيح"، فالقرار انتهى إلى أن النتيجة الوحيدة لتقرير بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، هي إلغاء العقد بآثار رجعي والقول برجوع الأطراف إلى الحال التي كانوا عليها قبل التعاقد. كما ربط القرار بين طبيعة البطلان المقرر وعدم قابلية العقد للتصحيح، عند ما قرر أن البطلان المطلق يترتب عنه عدم قابلية العقد للتصحيح، إذ جاء فيه "...إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً الكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، وضد من هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعة التجارية و يأمرُوا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني.....".

وترى السبيدة لحل وغيمية أنه يجب التفريق بين تصحيح العقد "régularisation" وبين التصحيح بصد حته "confirmation"، ذلك أن هذا الأخير لا يكون ممكناً إلا في حالة تقرير البطلان النسبي، وهذا إذا ما قرر الطرف صاحب الحق في طلب إبطال العقد التنازل عن حقه وهذا بينما المقصود بتصحيح العقد تقرير صحة عقد باطل أساساً عن طريق إتمامه بإضافة العنصر الناقص فيه. وأنه إذا كان التصحيح بصدحة العقد لا أثر له إلا في مواجهة المتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد فإن تصحيحه يجعله وبأثر رجعي حجة في مواجهة أطرافه وفي

¹ - Ghanima Khiair née Lahlou, Op.Cit., P 747.

مواجهة الغير، وأن هذا الإجراء غير ممكن في حالة تقرير البطلان المطلق للعقد وهو ما أكدته قرار الغرفة المجتمعة الذي ربط عدم إمكانية تصحيح العقد العرفي عن طريق صدق راف الأطراف أم الموثق لإتمام الإجراء الشكلي الذي ينقصه بطبيعة البطلان الذي يشوب هذا العقد¹.

ب- البعد العملي للقرار

جاء في تعليق المستشار حسان بوعروج على القرار محل التحليل أنه يعد خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يطالب المواطنين باحترام الشكل الرسمي في معاملاتهم التجارية والعقارية حفاظاً على حقوقهم وحقوق الدولة، لأنه لا يمكن اكتساب حقوق بموجب عقد عرفية فوضوية. وأضاف أنه أي القرار يطلب من الجهات القضائية السهر على التطبيق السليم للقانون، وأنه جاء في الوقت المناسب لتوحيد الاجتهاد القضائي في هذه المسألة².

وفي تقييم آخر لآثار هذا القرار من الناحية العملية ذهبت السيدة يونس ليلى إلى أن هذا القرار الذي أعاد تكريس الاجتهاد القضائي الذي جاء تطبيقاً للمادة 12 من الأمر 91/70، لم يتمكن كما هو الحال بالنسبة للاجتهاد الأول من تحقيق الهدف المبتغى منه ألا وهو إيقاف التعاملات العقارية العرفية، كما أن تطبيقه لا يخلو من الصعوبة لأنه لا يعطي حلاً للمشكلة المطروحة المتعلقة أساساً بالبذائع الغير شرعية التي يعتبر التعامل في العقار بصورة عرفية السبب الرئيسي لها، كما يبقى الإشكال دائماً مطروحاً بالنسبة للعقارات التي حُررت بشأنها سنداً ثم تم التعامل فيما لمرات متتالية بعقود عرفية وتم خرق سلسلة الشهر العقاري فيها وغيرها من الحالات التي يمكن تصورها والتي لا يمكن في ظل هذا الموقف للمشروع والقضاء إيجاد حل لها³.

¹ - Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 746.

² - حسان بوعروج، مرجع سابق، ص 44، 45.

³ - Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P 1134, 1135.

إلا أن القرار وإن كان لا يعطي حلا للوضعية القائمة بسبب سياسات تشريعية استمرت لسنتين طويلة فهو قرار مبدئي إذ لا يمكن في أي حال من الأحوال تبني اجتهاد قضائي مخالف للقانون بحثاً عن إعطاء حل للوضعية الاجتماعية معيزة لأن ذلك سيجعل عليه خلق إشكالات جديدة وقد سبق أن أشيرت إلى عدم إمكانية شهر الأحكام والقرارات القضائية التي أقرت بصدقة العقار والعرفية المخالفة لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

ولعل أهم نتيجة أسفر عنها القرار الغرر المجتمعة هي توحيد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ومجلس الدولة الذين أصدرتا قرارات تؤكد التزامهما بتطبيق النتيجة التي توصل إليها قرار 18/02/1997. وفيما يلي بعض القرارات الصادرة عن الغرفتين العقارية والمدنية بالمحكمة العليا، وعن مجلس الدولة في هذا الموضوع.

1- الغرفة العقارية بالمحكمة العليا

القرار الصادر في الملف رقم 149156 بتاريخ 28/05/1997 المتعلق بنقل الملكية العقارية الذي جاء في أسد بابه " ...يتضح من القرار المطعون فيه أن قضية مجلس تيزي وزو عندما استجابوا لطلبات المطعون ضدهم الرامية إلى استرجاع قطعة الأرض التي اشتراها الطاعنون في الطعن من مورث المطعون ضدهم بموجب عقد عرفي مؤرخ في 23/05/1981 مقابل إرجاعهم للمشترين ثمن البيع بحجة أن البيع لم يقع بعقد رسمي وفقاً للمادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً¹. وفي هذا القرار إشارة واضحة إلى آثار البطلان الناجم عن مخالفة المادة 12 من قانون التوثيق والمتمثلة اعتبار العقد العرفي المنصب على بيع عقار باطلاً بطلاناً مطلقاً ونتيجة رجوع الطرفين

¹ - الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، المحكمة العليا، قسم الوثائق والمسندات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 271.

إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و بالتالي استرجاع المشتري للثمن و استرداد البائع للعقار موضوع البيع.

القرار الصادر في الملف رقم 197347 بتاريخ 2000/06/28 الذي جاء في حيثياته ما يلي "حيث وب الرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضية المجلس قد استندوا في قضائهم بصحة البيع العرفي بين طرفي الخصومة وإلزام الطاعن بالقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية إلى القبول أن الطرفين اعترفا بصحة البيع وأن المادة 361 من القانون المدني تلزم البائع بالقيام بما هو لازم لنقل الحق المبيع، دونما تحديد من قبلهم لتاريخ البيع العرفي، الذي يعد المدار الذي على ضوئه يعتبر العقد العرفي صحيحا منتجا لجميع آثاره أو بطلا بطلانا مطلقا، والدال أن المادة 12 من قانون التوثيق التي كانت سارية قبل إلغائها وإدراج مضمونها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني تشترط تدات طائلة الد بطلان بالنسبة لجميع العقود التي تنضم من نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو مدلات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها.....حيث وبقضائهم هكذا دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارح يتطلب الشكلية يكون قضية المجلس قد تجاهلوا المبادئ القانونية المذكورة...."¹ ويلاحظ من خلال أسدباب هذا القرار أن قضية المحكمة العليا قد نقضوا القرار المطعون فيه على أساس أن قضية الحكم لم يبينوا تاريخ عقد البيع العرفي محل النزاع لمعرفة ما إذا كان المشتري يتطلب الشكل الرسمي فيه عند تاريخ إبرامه أم لا باعتبار أنه يتضمن بيع عقار وأشاروا إلى أن التطبيق السليم لنص المادة 12 من قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني يقتضي التصريح بطلان العقد والمخالفة له ذين النصين بطلانا مطلقا. ويمكن أن يعاب على القرار المنقوض من جهة أخرى أن قضية الموضوع قد طبقوا أحكام المادة 361 من القانون المدني على العقد موضوع النزاع وهذا ما يسد تقاد مذهب أنه أبرم بعد صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق وبالتالي فهو باطل بطلانا مطلقا لمخالفته المادة 12 من الأمر السابق الذكر

¹ - الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 262.

القرار الصادر في الملف رقم 199852 بتاريخ 2000/06/28، الذي جاء في حيثياته ".... حيث أن المحكمة وكذا المجلس استجابة لطلبه أحال الطرفين (ر.م) و (د.ج) لإتمام إجراءات البيع أمام الموثق.

حيث أنه وتطبيقاً للمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بالتوثيق الساري المفعول بتاريخ إبرام البيع العرفي بين (ر.م) و (د.ج)، فإن كل عقد يتخذ من نقل عقار أو حق عقاري يجب أن يدرر تحت طائلة الإبطال في الشكل الرسمي وهكذا فإن العقد المثار من طرف المدعي والمدرر خرقاً لهذه الأحكام يعد باطلاً ولا يؤدي إلى نقل الملكية، وبالتالي فإن القضية كانت على خطأ عندما استجابوا إلى طلبه وأنه يتعين الأمر بنقض القرار المطعون فيه لخرقه القانون¹.

وقد أشدّار قضية النقض في هذا القرار إلى طبيعة الإبطال المترتب على مخالفة المادة 12 من قانون التوثيق عندما قررنا أن عقد البيع العرفي موضوع النزاع لا يرتب أثره الناقل للملكية ولا يمكن تصحيحه عن طريق صرف الأطراف لإفراغه في شكل رسمي وهو ما يفيد أنه بطلان مطلق يجعل العقد في حكم العدم.

2- الغرفة المدنية بالمحكمة العليا

بعد صدور قرار الغرفة المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 استقر قضاء الغرفة المدنية للمحكمة العليا بجميع أقسامها على اعتبار أن الشكلية الرسمية المطلوبة في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة ركناً لانعقاد التصرف الناقل لها، ويمكن الإشارة إلى مجموعة من القرارات الصادرة بهذا الشأن، والتي منها ما يشير في أسد بابه إلى قرار الغرفة المجتمعة السابق الذكر، كالمقرر الصادر في 2007/12/18 رقم الملف 393103 عن الغرفة المدنية القسم الأول غير منشور² الذي جاء فيه "حيث الثابت من ملف الطعن أن الطاعن يطالب بنقل الملكية التي

¹ - الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 266.

² - أنظر ملحق رقم 03.

أش تراها بعقد عرفي لكن....المشروع أشترط الشك في السندات المثبتة لنقل الملكية.....من جهة أخذ رأي فائده قبل صدوره قرار الغرف المجتمعة في 1997/02/20¹ كان الاجتهاد القضائي يسدح بإلزام البائع بنقل الملكية في حالة توفّر الشروط الموضوعية ولكن هذا الاجتهاد ألغى بحسب قرار 1997/02/20.....". وقد استعملت القضية في هذا القرار عبارة يسدح للبائع بنقل الملكية للدلالة على ما كان معمولا به في القضاء من الأمر بإلزام البائع بإفراغ العقد العرفي في شكل رسمي.

كذلك أشترطت الغرفة المدنية القسم الأول في قرارها المأرّخ في 2007/12/18 الملف رقم 377387 غير منشور² إلى اجتهاد الغرف المجتمعة وقد جاء في أسدباب هذا القرار ما يلي " حيث أن العقد إذا كان يبرم من حيث المبدأ بموجب رد حصول اتفاق إرادتين فإن الأمر ليس كذلك عند دمايشترط القانون و بصورة استثنائية توفّر شك كل من الأشكال الرسمية حيث يصح تدخل الموثق وتحت طائلة البطلان واجبا كنقل ملكية عقار وذلك طبق للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و 12 من الأمر 91/70 المأرّخ في 1970/12/15 المتعلق بالتوثيق.....لا سيما أن المحكمة العليا غيرت اجتهادها باعتبارها من صدور قرارها بتاريخ 1997/02/18 رقم 136156 وذلك على إثر اجتماع كامل غرفها وأصدح بذلك البيع العرفي المنصب على عقار حتى ولو كان مسجلا فقد القوة القانونية وباطل بطلانا مطلقا...".

ويلاحظ أن القرارين المذكورين أعلاه يسندان إلى قرار الغرف المجتمعة لتأكيد أنه لم يعد من المقبول قانونا الاجتهاد خلافا له، وقد التزمت الغرفة المدنية بالنتيجة المتوصل إليها بموجب قرار الغرف المجتمعة في العديد من القضايا المتعلقة بنقل الملكية العقارية كالبيع، الهبة والمبادلة وغيرها ذكر منها بالنسبة

¹- قرار الغرف المجتمعة صدر في 1997/02/18 وليس في 1997/02/20 كما أورد في القرار المذكور أعلاه.

²- أنظر ملحق رقم 04.

لعقد البيع القرار الصادر في الملف رقم 392676 بتاريخ 2007/12/18 عن القسم الثاني لهذه الغرفة غير منشور¹ الذي جاء في حيثياته " حيث أنه من المقرر قانوناً أن الشئ كل الرسمى في البيوع العقارية يعتبر شرطاً ضرورياً لصحة البيع وأن تحرير عقد البيع في شئ كل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلانه مطلقاً و من ثم فإن قضية الموضوعطبقاً واصلح القانون ولم يخالفوا أحكام المادتين 351 و 352 من القانون المدني....".

وهذا القرار يمكن أن يقال بشأنه ما سبق ذكره عن قرار الغرفة المجتمعة من حيث اعتباره للشئ كل الرسمى شرطاً لصحة البيع، وهو الحال أيضاً بالنسبة لما سبق ذكره بشأن اعتبار المحكمة العليا في قرار غرفها المجتمعة العقد العرفي المخالف للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني عقداً يرتب التزامات شخصية ومع ذلك فهو عقد باطل فإننا نجد قضية الغرفة المدنية القسم الأول اتجهوا إلى نفس الرأي في قرارهم الصادر بشأن الملف رقم 347703 بتاريخ 2007/04/18 غير منشور² الذي جاء في حيثياته " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضية الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً بالأساس تنادى إلى نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، وأن البيع الذي تضمنه العقد العرفي إذا كان يرتب التزامات شخصية بين الطرفين فلا يكون إلى درجة تصحيح البيع ونقل الملكية ما دام الأمر يتعلق بالنظام العام....." وفي الملف رقم 373487 المتعلق بعملية مبادلة أصدر القسم الأول للغرفة المدنية بالمحكمة العليا قراراً مؤرخ في 2007/06/20 غير منشور³ جاء في أسد بابه " حيث أن قضية الموضوع وع احتراماً واصلح القانون عند دما ذلك روادك ون مبادلة عقارين يجب أن تكون طبقاً للشئ كل الرسمى... وأن المبادلة ما هي إلا نقل عقار مقابل عقار وتشترط فيها الرسمية طبقاً للمادة 12 من قانون التوثيق....".

¹ - أنظر ملحق رقم 05.

² - أنظر ملحق رقم 06.

³ - أنظر ملحق رقم 07.

وقد التزمت الغرفة المدنية القسم الثالث بتطبيق نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني عندما اعتبرت أن المقرر الإداري لا يرقى لدرجة عقد البيع أو الوعد بالبيع الرسمي وهذا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2007/10/17 في الملف رقم 386765 غير منشور¹ الذي جاء فيه ما يلي "حيث أن تبين أن قضية الموضوع لم يقضوا على الطاعة بتسوية الإجراءات القانونية لنقل ملكية القطعة الأرضية للمطعون ضدها لم يعطوا الأساس القانوني لقرارهم لأن المطعون ضدها قد تحصلت على المقرر الإداري مـ ورخ في 1995/02/25 لا يرقى إلى وعد بالبيع أو عقد بيع لكي تطالب بتسوية الإجراءات القانونية وما هي إلا إجراءات إدارية لا ترقى إلى سند ملكية...".

3- مجلس الدولة

كما هو الحال بالنسبة للمحكمة العليا نجد موقف مجلس الدولة من تطبيق نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني بعد صدور قرار الغرفة المجتمعة اتجه إلى القول بأن الشكلية المقررة بموجب هذه المادة هي شكلية انعقاد وهو ما جاء في أسد باب القرار الصادر عن هذه الهيئة بتاريخ 2000/06/26 رقم 210419 غير منشور² بالصيغة التالية "حيث أن وفقاً للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، فإن العقود التي تنص من نقل العقار أو حق عينية عقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق حيث أن عقد البيع لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق. حيث أن الرسالة المحتج بها لا تعد عقد بيع.....".

¹ - أنظر ملحق رقم 08.

² - حمدي بائد عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 8.

و يلاحظ من خلال أسد باب القرار المذكور أعلاه أن مجلس الدولة طبق أحكام المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني بقضائه بأن تخلف الرسمية في عقد بيع العقار يؤدي بطلانه بطلانا مطلقا.

كذلك يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة بتاريخ 1999/01/11 رقم الملف 143633 رقم الفهرس 06، غير منشور¹ الذي جاء في حيثياته ما يلي "حيث أنه يستخلص من الملف أنه أثناء شهر الاعتراف بالملكية من قبل الموثق تعرض إلى الاعتراف بالملكية بسبب أن القطعة الأرضية ملك للدولة.

حيث أن العقد العرفي الذي يتمسك به المستأفون لا يحمل تاريخا.

حيث بالنظر إلى قانون ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق فإن كل عقد متعلق بنقل الملكية يجب أن يتم بشكل رسمي....."، وقد استندت قضاة مجلس الدولة في هذا القرار إلى أحكام المادة 12 من قانون التوثيق وأكدوا أن الحق في الملكية العقارية لا يثبت إلا بسند رسمي.

¹ - أنظر ملحق رقم 09.

خلاصة

عملاً بالقانون 157/62 الممدد لسريان التشريع الفرنسي في الجزائر طبق القضاء أحكام القانون الفرنسي وكذلك ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في فرنسا فيما يتعلق بمسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة. وبموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق قام المشرع برفع الرسمية كركن في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية.

وقد تبين موقف القضاء بشأن تأكيد الشكلية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق وذلك حتى بعد إدراج مضمونها ضد المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني. مما استدعى تدخل المحكمة العليا بإصدار قرار عن غرضها المجتمعة بتاريخ 1997/02/18 استقر القضاء بعده على التصريح بأن الشكلية الرسمية ركن لانعقاد التصرفات الناقلة للملكية العقارية يترتب على تخلفها البطلان المطلق.

خاتمة

خاتمة

عرفت الجزائر منذ الاستقلال أزمة في تنظيم وضبط الوعاء العقاري وقفت في وجهه نمو والاقتصاد الوطني وتسببت في انتشار البناءات الفوضوية وتشويه جمال المدن، كما نتج عنها الكثير من النزاعات القضائية التي كان جهاز العدالة يتصدى لها مدامولا تطبيق ماسدنه المشدوع من نصوص قانونية تعلقة بتنظيم الملكية العقارية الخاصة وفي نفس الوقت مراعاة ما آل إليه حال المواطن الجزائري الذي أصبح في الكثير من الحالات عاجزا عن إثبات حقه في الملكية.

وقد حاولت في هذه الدراسة التطرق لأحد أسدباب هذه الأزمة المتمثل في تقييد المشدوع حرية الأفراد في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة بضد رورة إفراغها في شدكل رسومي، وذلك من خلال معالجة الإشكالية المتعلقة بتحديد التكييف القانوني لهذه الشكلية والجزاء المترتب على إغفالها وهذا على ضوء النصوص التشريعية الصادرة في هذا الشأن وتطبيقات القضاء لها اومن ثم القول بما إذا كان المشدوع قد أصاب في معالجة واقع الملكية العقارية الخاصة في الجزائر وفي حال العكس اقتراح الحلول التي أراها بديلة لموقف المشرع الحالي.

ومن خلال دراستي هذه توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات سأوردها فيما يلي.

أولا: النتائج

1- عرف المشدوع الملكية العقارية بموجب المادة 07 من قانون التوجيه العقاري والملكية العقارية الخاصة بموجب المادة 27 من نفس القانون غير أنه لم يكن موفقا في ذلك

- 2- إن اشد تراط الرس مية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة ارتبط بأسد باب تاريخية تعلق ت أساسا بالسياسة المتبعة في تنظيم ه ذا الصنف من أصناف الملكية.
- 3- قيد المشدع حرية الأفراد في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة بضد رورة إفراغها في ش كل رس مي بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ثم بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.
- 4- تدخل المشدع في تنظيم مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة بأشد تراط ش كليتي الرس مية و الشد هر بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري كما جعل من الرس مية ش رطا لقبول شد هر السند المثبت لدق الملكية بموجب المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 5- يث و الإشد كال المتعلق بدور الرس مية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة إذا كذا بصدد دوى الاسد تحقق التي تقتضي من رافعها إثبات صدقته كمالك للعقار المطالب به، غير أن ه ذه الدوى ليست السبيل الوحيد لحماية الدق في الملكية، لذا يمكن لمالك العقار الذي لا يدوز على سند رس مي يثبت صدقته كمالك أن يختار اللجوء إلى رفع غيرها من دعلى الملكية إذا توافرت شروط ذلك
- 6- المشدع حسب موقفه بالنسبة لأشد تراط الرس مية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة واعتبارها ركزا لإبرام ه ذه التصرفات يترتب على تخلفه البطلان المطلق بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني
- 7- القضاء حسب موقفه بالنسبة للتكييف القانوني للشكلية الرس مية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني بموجب قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 18/02/1997 و اعتبرها ركزا لإبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة يترتب على تخلفه البطلان المطلق.
- 8- تعدد العقود العرفية التي موزد وعها تصرفات قانونية ناقلة للملكية العقارية الخاصة والمبرمة بعد 1971/01/01 باطلا بطلانا مطلقا عملا بالمادة 12

من قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني، ومن الخطأ أن يأمَرَ القضاء بصرف الأطراف أمام الموثق لإفراغها في شكل رسمي.

9- إذا كانا أمام دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة وتقدم المالك لإثبات حقه في الملكية بسند عرفي مؤرخ بعد 1971/01/01 انتهت دعواه بعدم القبول لانعدام الصفة باعتبار أن السند المحتج به يعد باطلاً وفي حكم العدم.

10- قرار الغرف المجتمع الم مؤرخ في 18/02/1997 وحدث الاجتهاد القضائي وأنهى التباين القائم في موقف القضاء بشأن التكييف القانوني للشكالية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

11- موقف التشريع والقضاء من دور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة لم يقدّم حلاً لأزمة العقار في الجزائر ولم يوقف لجوء المواطن الجزائري للتصرف في العقار بعقود عرفية

لذلك أقترح التوصيات التالية

ثانياً: التوصيات

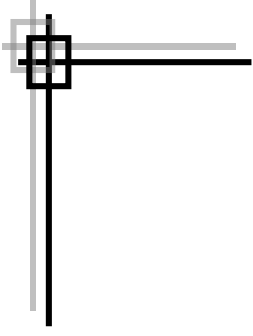
أوصي المشرع بما يلي

1- تعديل نص المادة 07 من قانون التوجيه العقاري المتعلقة بتعريف الملكية العقارية وتغيير عبارة الثروات الغير مبنية الواردة فيها بعدارة أبسط وهي العقارات الغير مبنية. أو إلغاء هذا النص وترك مسألة تحديد هذا المفهوم للفقهاء.

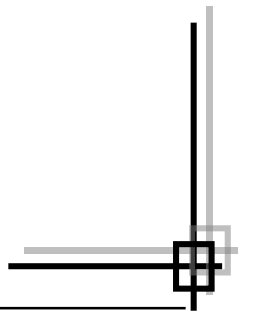
2- تعديل نص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري المتعلقة بتعريف الملكية العقارية الخاصة وتغيير مصطلحي المال العقاري والحقوق العينية التي وردت في التعريف كمدل لها هذا الصنف من أصناف الملكية بمصطلح العقارات الخاصة أو إلغاء هذا النص وترك مسألة تحديد هذا المفهوم للفقهاء.

3- تعديلات نص المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 29 من قانون التوجيه العقاري، وإطلاق حرية الأفراد في إثبات حقهم في الملكية العقارية الخاصة في المناطق التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي والإبقاء على اشتراط الرسمية في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة في المناطق التي خضعت لعملية المسح بحيث يبقى الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة لإثبات الحق في الملكية العقارية.

وأخير يمكن القول أن المشروع الجزائري لأسباب تاريخية تدخل في مسألة تنظيم الملكية العقارية الخاصة واشتراط الرسمية كركن لإبرام التصرفات الناقلة لها واشتراط لإثباتها ما تقديم السند الرسمى المشهور وأن القضاء بعد المورور بفترة طويلة من التباين في تفسير وتطبيق ما نص عليه المشروع في هذا الباب استقر بعد قرار الغرفة المجتمعة المؤرخ في 18/02/1997 على إلزام بموقف المشروع، إلا أن الأزمّة التي يعرفها العقار في الجزائر لا تزال قائمة الأمر الذي يستدعي تدخل المشروع من جديد لمعالجة الأمر. وذلك عن طريق تعديل المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 29 من قانون التوجيه العقاري بحيث تسريان فقط إذا تعلق الأمر بـعقارات تقع في المناطق التي خضعت لعملية مسح الأراضي العام وأعدت بشأنها بطاقات عقارية



ملحق



قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب

1. أبو السعود، رمضان، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدليل الكتابي، الدار الجامعية، بيروت، 1994.
2. أبو السعود، رمضان الوجيز في الحق وق العينية الأصلية " أحكامها و مصدرها"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
3. العوضي، عبد الهادي فوزي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة 2006.
4. العطار، عبد الناصر توفيق، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر بدون سنة طبع.
5. الصدة، عبد الم نعم فرج، الحق وق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.
6. بكوش، يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988.
7. بن الشيخ آث ملويا، لحسن، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003.
8. زروقي، ليلي وحمدي باشا، عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
9. حمدي باشا، عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005.
10. حمدي باشا، عمر، مدونات شهر الحيازة " عقد الشهرة- شهادة الحيازة"، دار هومة، الجزائر، 2001.
11. حسنين، محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة طبع.
12. يكن، زهدي شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحق وق العينية الغير منقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
13. منصور، محمد حسين، الحق وق العينية الأصلية " الملكية و الحق وق المتفرعة عنها، أسباب الملكية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
14. ميدي، أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005.
15. مصطفى، حامد، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني المصري و السوري، الجزء الأول، الحق وق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1964.

16. نشأت، أحمد د، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
17. سعد، نبيل إبراهيم و زهران، همام محمد محمود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
18. عجة، الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
19. قدوج، بشير، النظام القانوني للملكية العقارية من خلال النص وصدارة من سنة 1962 إلى 1999 مدعمة بقراءات المحكمة العليا، الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية 2003 منقحة، معدلة ومزينة إلى غاية 2002.
20. شامة، سامعين، النظام القانوني للتوجيه العقاري دراسة وصافية وتحليلية، دار هومة، الجزائر، 2004.

II- النصوص القانونية حسب التسلسل الزمني.

1. المرسد وم 15/64 الم ورخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 07، سنة 1964، المعدل والمتمم بالمرسد وم 344/83 الم ورخ في 1983/05/21، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.
2. القانون 93/65 الم ورخ في 1965/04/08، المتخذ من قانون المالية التكميلي لسنة 1965 الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 32، سنة 1965.
3. الأمر 102/66 الم ورخ في 1966/05/06 المتخذ من انتقالات الأملاك الشاغرة للدولة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1966.
4. الأمر 91/70 الم ورخ في 1970/12/15 المتخذ من مهدة التوثيق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 107، سنة 1970.
5. الأمر 73/71 الم ورخ في 1971/11/08 المتعلق بميثاق وقانون الثروة الزراعية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 97، سنة 1971.
6. المرسد وم 32/73 الم ورخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، الجمهورية الجزائرية جريدة رسمية، عدد 15، سنة 1973.
7. الأمر 26/74 الم ورخ في 1971/02/20 الذي تزد من تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 19، سنة 1974.
8. الأمر 74/75 الم ورخ في 1975/11/12 المتخذ من إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 92، سنة 1975.
9. المرسد وم 63/76 الم ورخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وقع فيه استتراك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 30 و 38، سنة 1976، المعدل والمتمم بالمرسد وم 210/80 الم ورخ في 1980/09/13، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية عدد 38، سنة 1980.

10. القانون 01/81 الم وُرخ في 07/02/1981 المتعلق بالتد ازل ع ن الأم لأك العقارية ذات الاسعمال السكني أو المهذي أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسبيير العقاري والمؤسسات الهيئات والأجهزة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 6، سنة 1981.
11. المرس وم 352/83 المتعلق بس ن إجر اء لإثبات التقد ادم المكسب وإع داد عقد الشهرة المتخذ من الاعت راف بالملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.
12. القانون 18/83 الم وُرخ في 13/08/1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1983.
13. المرس وم التنفيذ ذي 724/83 الم وُرخ في 10/12/1983 يحد د كيفية تطبيق القانون 13/83 الم وُرخ في 13/08/1983 والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.
14. القانون 16/84 الم وُرخ في 30/06/1984 المتعلق ب الأملاك الوطنية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 27، سنة 1984.
15. الأمر 01/85 الم وُرخ في 13/08/1985 المدد انتقالا للقواء دشغل الأراضى قصد المحافظة عليها وحمايتها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1985.
16. القانون 19/87 الم وُرخ في 08/12/1987 يتخذ من ضد بطكيفية اس تغلال الأراضى الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين واجباتهم، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 50، سنة 1987.
17. القانون 14/88 الم وُرخ في 03/05/1988، المع دل والم تتم للأم 58/75 الم وُرخ في 26/09/1975 المتخذ من القانون الم دني، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 18، سنة 1988.
18. القانون 22/89 الم وُرخ في 12/12/1989 يتعلق بص لاحيات المحكمة العليا وتنظيمها، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 53، سنة 1989.
19. القانون 25/90 الم وُرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، وقع فيه اس تدراك، المع دل والم تتم ب الأمر 26/95 الم وُرخ في 26/09/1995، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 49، 55، سنة 1990 و 55 سنة 1995.
20. القانون 29/90 الم وُرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 52، سنة 1990.
21. المرس وم التنفيذ ذي 405/90 الم وُرخ في 22/12/1990، يحد دقواء إحداث وكالات محلية للتسبيير والتنظيم العقاريين الحضريين وتنظيم ذلك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 56، سنة 1990.

22. المرسد وم التنفيذ ذي 254/91 الم ورخ في 1991/07/27 المتضد من كيفة ات إع داد شهادة الحيازة وتسليمها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1991.
23. المرسد وم التنفيذ ذي 289/92 الم ورخ في 1992/07/08 المدد لدش روط التند لازل عن الأراضي الصحرائية في المساحات الاستحصاحية وكيفية اكتسابها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 55، سنة 1992.
24. المرسد وم التند ريعي 12/93 الم ورخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 46، سنة 1993.
25. المرسد وم التنفيذ ذي 294/94 الم ورخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفية حلول تصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 63، سنة 1994.
26. الأمر 03/01 الم ورخ في 2001/08/20، المتعلق بتبسيط ويراكسثمار، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 2001.
27. القانون 06/2000 الم ورخ في 2000/12/23 المتضد من قانون المالية لسنة 2001، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 80، سنة 2000.
28. القانون 02/06 الم ورخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 14، سنة 2006.
29. الأمر 03/06 الم ورخ في 2006/07/15 المتضد من القانون الأساسيل للوظيفة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 46، سنة 2006.
30. القانون 02/07 الم ورخ في 2007/02/27 المتضد من تأسيس إداراء لمعاينة حقوق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 2007.
31. المرسد وم التنفيذ ذي 147/08 الم ورخ في 2008/05/19، يتعلق بعملية التحقيق العقاري وتسليم شهادات الملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 26، سنة 2008.

III – التقنيات

1. القانون المدني، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005.
2. القانون التجاري، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005.
3. قانون الإجراءاء المدنية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005.
4. قانون الإجراءاء المدنية والإدارية، وزارة العدل، مطبعة دار القصد للنشر، الجزائر، 2008.

IV - الدوريات و المجلات

1. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، المحكمة العليا، قسم الوثائق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
2. الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
3. الاجتهاد القضائي قرارات المجلس الأعلى، وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
4. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزء 35، رقم 03، دار الحكم، الجزائر، 1997.
5. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المسدندات و النشر، العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990.
6. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المسدندات و النشر، العدد الأول، المؤسسة الجزائرية للطباعة و حدة بن بولعيد، الجزائر، 1992.
7. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المسدندات و النشر، العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
8. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997.
9. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
10. نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص، مطبعة وزارة العدل، الجزائر، 1982.
11. نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية البحث، عدد 51، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997.
12. تطبيقات قضائية في المادة العقارية، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1995.

I-.Livres

1. Capitan, Henri, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, Paris, 10^{ème} édition, 1994.
2. Jourdain, Patrice, les biens, Dalloz, Delta, Paris, 1995.
3. Planiol, Marcel et Ripert, Georges, Traite pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations, Deuxième partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1931.
4. Schiller, Sophie, Droit des biens, Paris, Dalloz, 2003.
5. Terre, François, Philippe Simler, Droit civil, les biens, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 2002.
6. Weill, Alex, droit civil, les biens, Dalloz, Paris, 1970.

II-.Encyclopédies juridiques

1. Encyclopédie juridique numérique, code civil Français, Dalloz, Paris, 1999.
2. Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Preuve, Dalloz, Paris, Avril 2007.
3. encyclopédie juridique, répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Propriété, Dalloz, Paris, Avril 2007.

III- Documents officiels par ordre chronologique

1. Décret n°62/02, du 22/10/1962, instituant des comités de gestion dans les entreprises agricoles vacantes, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.
2. Décret n°62/03 du 23/10/1962, portant réglementation des transactions, ventes, locations, affermagés, amodiations, de biens mobiliers et immobiliers, République Algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.
3. loi n°62-157 du 31/12/1962, tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31/12/1962, République algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.

4. -Décret n°63/88, portant réglementation des biens vacants, République algérienne, Journal officiel, Numéro 15, Année 1963.
5. Décret n°63/168, du 09/05/1963 relatif a la mise sous protection de l'Etat des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale, République algérienne, Journal officiel, Numéro 30, Année 1963.

IV- Revues

1. Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université d'Alger, Institut de droit et des sciences administratives Dar al hikma, Alger, V° 35, N° 03, 1997.
2. Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université d'Alger, Institut de droit et des sciences administratives, Dar al hikma, Alger, V° 35, N° 04, 1997.

IIV- Dictionnaires

Youssef Chlala, dictionnaire français arabe, arabe français droit commerce-finances, établissement al Maaref Alexandrie, sans date d'édition.

الفهرس

01مقدمة
07الفصل التمهيدي: تنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري
08المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة
08المطلب الأول: الملكية بوجه عام
08الفرع الأول: تعريف حق الملكية
11الفرع الثاني: عناصر حق الملكية
13الفرع الثالث: خصائص حق الملكية
17المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة بوجه خاص
18الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة
19الفرع الثاني: أحكام الملكية العقارية الخاصة في قانون التوجيه العقاري
23المبحث الثاني: لمحة تاريخية عن تنظيم الملكية العقارية الخاصة في الجزائر
23المطلب الأول: المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1983
23الفرع الأول: تنظيم الوعاء العقاري
26الفرع الثاني: دولنة العقار الخاص
28المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1983 إلى اليوم
29الفرع الأول: التخلي عن دولنة العقار الخاص

31	الفرع الثاني: إصلاح النظام العقاري.
35	خلاصة
36	الفصل الأول إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري....
37	المبحث الأول: الحماية القضائية للملكية العقارية الخاصة.....
37	المطلب الأول: دعوى استحقاق الملكية بوجه عام.....
38	الفرع الأول: تعدد دعاوى الملكية.....
41	الفرع الثاني: مفهوم دعوى استحقاق الملكية.....
46	المطلب الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية.....
46	الفرع الأول: مفهوم الإثبات.....
51	الفرع الثاني: قواعد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية.....
54	المبحث الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة.....
54	المطلب الأول: تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري.....
54	الفرع الأول: اشتراط الشكلية الرسمية.....
56	الفرع الثاني: اشتراط الشهر.....
57	المطلب الثاني: أنواع السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة.....
58	الفرع الأول: السندات الرسمية.....
66	الفرع الثاني: الأحكام و القرارات القضائية.....
67	الفرع الثالث: السندات العرفية.....

71خلاصة
72	الفصل الثاني: دور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة.....
73	المبحث الأول: تطور موقف المشرع.....
73	المطلب الأول: المرحلة الممتدة من 1962 إلى 1975.....
74	الفرع الأول: تمديد تطبيق التشريع الفرنسي.....
77	الفرع الثاني: صدور الأمر 90/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.....
80	المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1975 إلى اليوم.....
80	الفرع الأول: الفترة الممتدة من 1975 إلى 1988.....
83	الفرع الثاني: الفترة الممتدة من 1988 إلى اليوم.....
86	المبحث الثاني: تطور موقف القضاء.....
86	المطلب الأول: المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1988.....
86	الفرع الأول: الفترة السابقة لصدور قانون التوثيق.....
91	الفرع الثاني: تطبيقات القضاء للمادة 12 من قانون التوثيق.....
99	المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1988 إلى اليوم.....
100	الفرع الأول: تطبيقات القضاء للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.....
103	الفرع الثاني: قرار الغرفة المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18.....
122خلاصة
123خاتمة

127	ملحق.....
128	قائمة المراجع.....
135	الفهرس.....

ملخص

تتناول هذه الدراسة موضوع الشكليات الرسمية في السندات التي تثبت نقل الملكية العقارية الخاصة حسب التشريع والقضاء الجزائريين وتتضمن بدءا شرحا لمفهوم هذه الأخيرة ولمدة تاريخية عن تنظيمها. ثم تتطرق لقواعد الإثبات في دعوى استحقاقها، وأنواع السندات المثبتة لها في ظل التشريع الجزائري.

كما تتعرض الدراسة لتطور التشريع المتعلق بتنظيم نقل الملكية العقارية الخاصة وتطور موقف القضاء من مسألة التكييف القانوني للشكليات الرسمية المقررة بالمادتتين 12 من الأمر 91/70 المتضمن مهذبة التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني كقيد على إبرام التصرفات الناقلة لها مع التعليق على القرار الصادر عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 18/02/1997 تحت رقم 136156.

R E S U M E

Cette étude traite de la forme authentique dans les titres qui prouvent la mutation de la propriété foncière privée selon la législation et la jurisprudence algériennes. Elle comporte, en premier lieu, une définition du concept de cette propriété et un aperçu historique sur son organisation. Elle examine, également, les règles de preuve et de ses différents titres dans l'action en revendication de la propriété foncière privée d'après la législation algérienne.

L'étude aborde, ensuite, l'évolution de la législation relative à l'organisation de la mutation de la propriété foncière privée et la position de la jurisprudence envers la qualification juridique des articles 12 du décret 70/91 portant organisation du notariat et 324 bis 01 du Code civil comme prérequis à tout acte de transfert de propriété suivi d'un commentaire sur l'arrêt n°136156 du 18/02/1997 des chambres réunies de la Cour suprême.